

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Le fondement du droit de punir

Histoire des principaux systèmes proposés
et esquisse d'une théorie nouvelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 mars 1933, à deux heures

par

MIRCEA LEPADATESCU

Président..... M. HUGUENY

Suffragants : { M. DEMOGUE
 { M. DONNEDIEU DE VABRES

LIBRAIRIE L. RODSTEIN
17, RUE CUJAS
PARIS V°

1933

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Le fondement du droit de punir

Histoire des principaux systèmes proposés
et esquisse d'une théorie nouvelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 mars 1933, à deux heures

par

MIRCEA LEPADATESCU

Président..... M. HUGUENEY

Suffragants : { M. DEMOGUE
 { M. DONNEDIEU DE VABRES

LIBRAIRIE L. RODSTEIN
17, RUE CUJAS
PARIS V°

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



À tous ceux — amis ou
ennemis — qui m'ont incité au travail



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547119_0042

Table des Matières

BIBLIOGRAPHIE	7
INTRODUCTION	11
PREMIERE PARTIE : Exposé, classifications et critique des différents systèmes proposés	17
TITRE PREMIER : Exposé de quelques théories du droit pénal	19
Chapitre premier : L'Antiquité grecque et latine ..	20
Chapitre deux : Le moyen-âge chrétien	32
Chapitre trois : Quelques théories modernes	40
TITRE DEUXIÈME : Classifications et critique des dif- férents systèmes proposés.	57
Chapitre premier : Classifications des différents systèmes	58
Chapitre deux : Critique de ces systèmes	69
DEUXIEME PARTIE : Esquisse d'une théorie nou- velle	77
Chapitre premier : Le groupement social	81
Chapitre deux : L'infraction	99
Chapitre trois : La peine	109
Conclusions sur le droit de punir	112
CONCLUSIONS GENERALES	115

BIBLIOGRAPHIE

- ABEGG (J. F. H.) Die verschiedene Strafrechtstheorien in ihren Verhältnisse zu einander. Neuerstadt a. d. Oder 1835.
- v. BAR (L.) Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. I.-e. Band. Berlin. 1882.
- BAUER (Anton) Die Warnungstheorie. Göttingen. 1830.
- BECCARIA. Traité des délits et des peines.
- BERGSON (Henri) Les deux sources de la religion et de la morale. Paris. 1932.
- BESSERER (H.) Dissertatio de natura poenarum. Würzburg. 1817.
- BINDING (Karl) Grundriss des deutschen Strafrechts. 7-e Auflage.. Leipzig. 1907.
- BORTOLUCCI (G.) Il delitto e la pena nei dialoghi di Platone. Pisa. 1905.
- BRÉHIER (Emile) Histoire de philosophie. Tome I. Paris I. 1931. II et III 1932.
- BURRI (Antonio) Le theorie politiche de San Tommaso. Roma 1884.
- BURRIS (Eli Edward) Taboo, magic, spirits. New-York. 1931.
- CORNEJO (M.-H.) Sociologie générale. Tome I, 2^e édition Paris 1930.
- DAVY (G.) La foi jurée. Paris 1922.
- DÉAT (Marcel). Sociologie. Paris 1930.

- v. DRÖSTE-HÜLSHOFF. Einleitung in das gemeine deutsche Kriminalrecht. Bonn. 1826.
- DURKHEIM (E.) De la Division du travail social. 6^e éd. Paris 1932.
- DURKHEIM (E.) Les formes élémentaires de la vie religieuse. 2^e éd. Paris 1925.
- FEUERBACH. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. I. Erfurt. 1799. II. Chemnitz 1800.
- FEUERBACH. Über Strafe als Sicherungsmittel. Chemnitz. 1800.
- FOUILLÉ (A.) La philosophie de Platon. 2.-e éd. Paris 1888-89.
- FRAZER. Totemism. Edinburgh. 1887.
- FUSTEL DE COULANGES. La Cité antique 7-e éd. Paris 1879.
- GARÇON (E.) Le droit pénal. Paris 1922.
- GLOTZ (G.) La cité grecque. Paris 1928.
- GILSON (E.) Saint-Thomas d'Aquin. Paris 1925.
- v. GROLMANN. Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. Giessen. 1798.
- GROTIUS (Hugo) De jure belli ac pacis. 3 vol. Ultrajecti 1696-1703.
- GRÜNHUT (Max) A. v. Feuerbach und die Problem der straflichen Zurechnung. Hamburg. 1922.
- GÜNTHER (L.) Die Idee der Wiedervergeltung I. Altenburg 1889.
- HARTZ. Wesen und Zweckbeziehung der Strafe. Münster 1914.
- v. HENTIG. Die Strafe. Stuttgart u. Berlin. 1932.
- HERMANN. Über Grundsätze und Anwendung des Strafrechts in griechischen Altertume. Göttingen. 1855.
- HILDENBRAND (K.) Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie bei den Griechen. I. 1860.
- v. HIPPEL. Deutsches Strafrecht. Berlin. 1925.
- v. IHERING. Der Geist des römischen Rechts. Leipzig. 1878.
- JODELET (Maurice) La conception de la peine chez Platon. Thèse. Paris 1926.

- KANT. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Frankfurt u. Leipzig. 1797.
- KÖSTLIN. System des deutschen Strafrechts. Tübingen 1855.
- LOENING. Die Zurechnungslehre des Aristoteles. Jena 1903
- LÉVY-BRUHL (L.) Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures. Paris 1910. — La mentalité primitive. Paris 1922.
- LÉVY-BRUHL (L.) Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive. Paris 1931.
- MAKAREWICZ. Einführung in der Philosophie des Strafrechts. Stuttgart. 1907.
- MAUNIER (René) Introduction à la sociologie. Paris. 1929.
- MAUNIER (René) Essais sur les groupements sociaux. Paris. 1929.
- MORET et DAVY. Des clans aux empires. Paris 1923.
- MORGAN (J. de) L'humanité préhistorique. Paris 1924.
- NAGELSBACH. Homerische Theologie. Nürnberg 1862.
- PERRIER (E.) La terre avant l'histoire. Paris. 1920.
- PUFENDORF. Le droit de la nature et des gens. Traduit du latin par Jean Barbeyrac. 2^e éd. Amsterdam 1712.
- REIN. Das Kriminalrecht der Römer. Leipzig. 1844.
- RICHARD (G.). Notions élémentaires de sociologie. Paris. 1927.
- RITTER. Geschichte der Philosophie. Hamburg. 1829.
- ROSSHIRT. Lehrbuch des Criminalrechts. Heidelberg. 1821.
- ROSSI. Traité de droit pénal. Paris et Genève. 1829.
- THONISSEN. Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens. Bruxelles et Paris. 1869.
- VIDAL (G.) Principes fondamentaux de la pénalité. Paris 1890.
- WACHTER. Lehrbuch des römischen Strafrechts. Stuttgart 1825-26.
- WELCKER. Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe. Giessen. 1813.
- ZELLER. Die Philosophie der Griechen. Leipzig. 3.-e Auflage 1869-1881.
-

INTRODUCTION

Pour répondre à une nécessité, une introduction doit préciser en peu de mots les limites du sujet, son importance dans le domaine scientifique auquel il correspond, les raisons particulières qui déterminent l'étude et dans cette même direction des données personnelles à l'auteur, le plan d'ensemble et les lignes générales de la méthode employée.

Il y a sûrement peu de sujets dont la délimitation soit aussi aisée que celle du sujet que j'aborde : le fondement du droit de punir. Il s'agit, en effet, de donner scientifiquement une base à ce droit que l'on se plaît unanimement à reconnaître à l'Etat, ou pour être plus exact, au groupement social.

On a fort probablement puni de tout temps, dans des conditions différentes, mais on a puni. Beaucoup d'esprits éclairés s'arrêtent à cette constatation, sans plus; mais il est évident, à la réflexion, qu'on a à gagner à creuser cette notion du droit de punir.

Il y a, en tout premier lieu, la satisfaction du penseur

qui, non content d'accepter aveuglément les faits considérés comme les plus naturels, s'ingénie à leur trouver une explication en rapport avec les données générales de sa propre conception sur le monde ou des sciences les plus exactes.

Mais si considérable que soit cette satisfaction, si élevée qu'elle soit par son essence, la moindre étude ne vaudrait pas la peine d'être entreprise, si aucune conséquence d'ordre pratique ne pouvait en être tirée. La seule justification de la science et des efforts innombrables qu'elle engendre ne saurait être, en effet, que l'utilité plus ou moins immédiate de la communauté humaine.

Or, il est indéniable que des conséquences décisives découlent de l'attitude prise par rapport au droit de punir. Non seulement la peine et le domaine assez étroit du droit criminel s'en ressentent, mais tous les éléments de la vie sociale.

Aussi, dès l'Antiquité cette question a-t-elle préoccupé les philosophes et les juristes. Les philosophes, parce qu'un système complet ne saurait négliger les relations Etat-Individu, sous cette forme : répression. Les juristes, parce que leur devoir le plus élémentaire est de trouver les moyens techniques d'assurer le respect de la loi.

L'état inquiétant de la marche ascensionnelle de la criminalité prouve pourtant que les solutions envisagées n'ont pas été ce qu'elles auraient dû être.

Et si j'ose après tant de penseurs et de maîtres à l'inoubliable renommée aborder ce sujet particulière-

ment ardu, ce n'est pas avec la prétention de m'ériger en dépositaire de la vraie vérité, guide du législateur, mais dans la pensée d'ajouter quelques éléments de solution au problème qui, en ce moment, occupe sur les différents points du globe, les rédacteurs et les réformateurs des codes pénaux.

Si la délimitation du sujet ne présentait aucune difficulté, le plan à suivre aurait pu en présenter, à cause de la diversité apparente des vues exposées par les nombreux auteurs qui se sont occupés de la question. Il n'y a pourtant qu'un seul plan possible :

Une première partie, contenant l'exposé assez succinct des différents systèmes proposés, leurs classifications et leur critique et,

Une deuxième partie, l'esquisse de ma propre théorie.

La méthode variera forcément d'une partie à l'autre. Pour la première partie j'ai choisi l'exposition chronologique des principales théories émises. Une importance particulière est accordée aux théories les plus anciennes, les théories relativement récentes n'étant souvent nouvelles que dans leur présentation. Je suis en cela la méthode allemande, qui a l'avantage de garder à chaque auteur sa propre façon de voir. Je ne pouvais pourtant pas sacrifier totalement la méthode française, qui se distingue nécessairement par la classification qui saisit les lignes d'ensemble, les précise et les expose clairement. Je l'utiliserai donc, dans un titre deuxième de la première partie, d'autant plus que la critique des différents systèmes sera envisagée dans ce qu'ils ont d'essentiel

et non pas dans la présentation particulière de chaque auteur.

Pour la deuxième partie le choix de la méthode est d'une importance capitale, car on peut dire, sans trop exagérer, que le résultat d'une étude dépend de la méthode employée.

La répression est pour moi un complexe de faits sociaux. Il s'agira donc de les isoler, les étudier dans leur origine et trouver la relation entre eux.

Ce que je me permets d'appeler ma théorie ne sera donc pas une construction arbitraire de l'esprit. Elle sera la conclusion d'une analyse aussi attentive que possible du complexe de faits sociaux qu'est la répression. Ainsi ne contredirai-je pas la théorie de Comte sur les trois états de l'évolution intellectuelle, brillamment résumée par Cornejo, dans sa *Sociologie générale* (1) : « d'abord dans la période théologique, explication des phénomènes par l'arbitraire intervention d'êtres supérieurs; puis, dans la période métaphysique, attribution de ces phénomènes à la vertu immanente de certains principes abstraits et de certaines conceptions dialectiques; enfin, dans la période positive, l'effort vers la connaissance des phénomènes et leur interprétation par la recherche de leurs ordres de coexistence et de succession ».

(1) CORNEJO (M.-H.). *Sociologie Générale*. Tome I, 2^e édition. Paris, 1930, pp. 1-2.

PREMIÈRE PARTIE

*Exposé, classifications et critique
des différents systèmes proposés.*

PREMIERE PARTIE

EXPOSÉ, CLASSIFICATIONS ET CRITIQUE DES PRINCIPAUX SYSTÈMES PROPOSÉS

Toute investigation dans le domaine scientifique doit nécessairement être précédée d'un aperçu, si sommaire fût-il, des recherches antérieurement faites.

Et, comme sur le droit de punir les recherches, ou plutôt les constructions sont excessivement nombreuses, il s'agit d'en choisir quelques-unes des plus représentatives par leurs conséquences dans le domaine pratique ou bien par la personnalité des auteurs. (1)

Ce choix je l'ai fait très limité. Mais ce qui manque du point de vue de l'importance des théories dans le premier titre qui en fait l'exposé, se trouvera dans le second, au chapitre des classifications. J'ai voulu ainsi éviter

(1) Les constructions sur les fondements du droit de punir, sont nommées par les allemands : théories du droit criminel (Strafrechtstheorien). v. Hippel. *Deutsches Strafrechts. Erste Band* Berlin 1925, p. 457. Note 3, ne trouve le terme chez Quistorp en 1794, mais chez Feuerbach en 1800. C'est donc la date à laquelle il apparaît.

de trop longs développements, sans toutefois nuire à la présentation des théories pénales.

Ainsi, deux titres dans cette partie :

Titre premier : Exposé de quelques théories du droit pénal.

Titre deuxième : Classifications et critique des différents systèmes proposés.

TITRE PREMIER

EXPOSÉ DE QUELQUES THÉORIES DU DROIT PÉNAL

Ce titre comportera trois chapitres :

CHAPITRE I : L'Antiquité grecque et latine.

CHAPITRE II : Le moyen âge chrétien.

CHAPITRE III : Quelques théories modernes.

CHAPITRE I

L'Antiquité grecque et latine

La Grèce, par un heureux concours de circonstances, s'est trouvée la première en Europe à donner à la pensée une ampleur assez grande pour arriver à la construction des systèmes philosophiques.

C'est donc en Grèce que l'on cherche tout naturellement les premières théories du droit pénal.

Il faut pourtant attendre le milieu du V^e siècle avant J.-C. pour trouver avec les Sophistes les premiers développements de ce genre, car on ne peut que négliger les propos attribués aux pythagoriciens (1), de leur enseignement des nombres auraient tiré une théorie de la rétribution.

On ne peut non plus considérer comme scientifiques les harangues de Lysias où « la vengeance et la terreur figurent comme la source unique et le but exclusif de la justice criminelle » (2).

(1) ZELLER. *Die philosophie der Griechen*. Leipzig. 3^e Auflage. 1869-1881, pp. 235 et s.

(2) THONISSEN. *Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*. Bruxelles et Paris. 1869, p. 417.

Il peut paraître bizarre que les philosophes grecs qui avaient légué à la civilisation des systèmes complets sur l'univers et ses lois aient été dans l'impossibilité de réaliser une étude scientifique de la répression.

L'explication doit en être cherchée dans la tendance normale de l'homme, qui est penché d'abord sur la connaissance du monde extérieur des choses matérielles qui l'environnent, avant de se livrer à sa propre étude.

Jodelet (1) le dit s'appuyant sur Zeller, les premiers philosophes ont été des physiciens, des astronomes, des mathématiciens et non des moralistes.

C'est ainsi que Thalès de Milet, Pythagore et Anaxagore de Clazomènes ont paru avant les Sophistes et avant Socrate qui, le premier lance son fameux « Connais-toi, toi-même ».

La conquête romaine surprend la Grèce au moment d'un rayonnement intellectuel magnifique. Et malgré un renouveau assez important, par les grecs au sein de l'empire romain, la brillante pensée de l'antiquité grecque se meurt.

Rome en prend la succession, mais les maîtres n'ont jamais pu être dépassés par les élèves dans cette course à la connaissance des choses. La philosophie de Rome est assez pauvre, aussi n'aurai-je à donner que de forts brèves explications sur les théories latines.

(1) JODELET. *La conception de la peine chez Platon*, Thèse Paris, 1926, p. 48, note 2,

Ce chapitre contiendra quatre sections, correspondant les trois premières à la Grèce et la dernière à Rome :

Section première : Les Sophistes.

Section deuxième : Platon.

Section troisième : Aristote.

Section quatrième : Cicéron et Sénèque.

SECTION PREMIÈRE

LES SOPHISTES

1. Leur but. 2. Doctrine de Protagoras. 3. Dégradation de cette doctrine. 4. Socrate.

1. S'étant attaqués aux préjugés de la vie grecque de leur temps, passant au crible de la raison toutes les notions admises et toutes les institutions, les Sophistes étaient naturellement amenés à discourir sur la justice. Il s'agissait pour eux de la rendre « moins étroite et moins exclusive que l'ancienne, plus humaine, plus rationnelle et dégagée des formules des âges antérieurs » (1) et c'est à cette entreprise hardie entre toutes que nous

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, 7^e éd., Paris 1879, pp. 418-420.

devons la première tentative scientifique de trouver le fondement du droit de punir.

2. Le chef et fondateur de l'école, Protagoras d'Abdère, expose ses vues dans le dialogue que Platon écrivit, ayant pour titre son nom. Profondément irréligieux, ne subissant l'influence d'aucune mystique, Protagoras ne pouvait donner au droit de punir un fondement absolu appuyé sur une ordonnance quelconque des choses. La Cité a le droit d'infliger des peines, non pas parce que tel est certain impératif, plus ou moins catégorique, mais parce que ces peines agissent sur l'avenir d'une façon utile. « Personne, en effet, en punissant un coupable n'a en vue ni ne prend pour mobile le fait même de la faute commise, à moins de s'abandonner comme une bête féroce à une vengeance dénuée de raison ; celui qui a souci de punir intelligemment, ne frappe pas à cause du passé — car ce qui est fait est fait — mais en prévision de l'avenir, afin que ni le coupable, ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer » (1).

La doctrine de l'expiation est donc violemment rejetée, et cela au nom même de la raison. A la place, une conception exclusivement humaine : On punit pour intimider, mais aussi pour amender le coupable, sachant que amendement, dans le sens de Protagoras (2), veut dire plutôt correction par l'éducation que guérison. Mais si les conseils ni le châtiment ne réussissent à l'améliorer, on n'a

(1) PROTAGORAS, 324 B

(2) JODELET. œuvre citée p. 55, Protagoras 325 C. D., 326 D. E.

qu'à le considérer comme incurable et le chasser ou le tuer.

Intimidation, amendement, élimination, voilà donc l'enseignement légué par Protagoras.

3. Le beau mouvement d'idées déclanché par les premiers Sophistes a pourtant eu une issue peu digne de leur profondeur de vue et du but qu'ils s'étaient proposés (1). Au début du V^e siècle, en effet, il aura abouti au cynisme politique qu'illustrent Critias et Alcibiade et que Platon a fixé dans le Calliclès du *Gorgias*. On voudrait encore avoir une justification du droit, mais on ne trouve que la force. Or, si la force peut servir de prétexte, elle ne saurait jamais être une justification.

4. Sans prendre parti sur la question de savoir si Socrate doit ou non être rattaché aux Sophistes, nous pouvons indiquer ici comme un prolongement de la doctrine de Protagoras, son enseignement qui fonde la morale sur l'utilité, bien qu'une ordonnance divine des choses — à laquelle il croit d'ailleurs — paraisse poindre sous la façon dont il envisage l'acquisition du bienfait résultant de la vertu. C'est cette ordonnance divine des choses qui va prendre le dessus chez Platon, et c'est lui que nous allons maintenant étudier.

(1) BRÉHIER (Emile), *Histoire de la philosophie*. Tome premier : *L'Antiquité et le Moyen-Age*. I Paris 1931. p. 85.

SECTION DEUXIÈME

PLATON (1)

L'œuvre de Platon porte la marque des événements extrêmement nombreux et violents dont Athènes fut le théâtre au temps de sa jeunesse : instabilité politique et guerre du Péloponèse dont Athènes sortit écrasée, avec son empire maritime définitivement anéanti (2).

Platon cherche un renouveau politique; c'est le devoir du philosophe d'ailleurs qui par la science arrive à la vertu et est ainsi capable de donner des lois justes à la Cité.

Son enseignement politique s'intègre dans la conception d'ensemble qu'il se fait du monde. On sait, en effet que Platon considère le monde comme régi par une force divine qui règle souverainement son ordonnance. C'est l'idée que nous avons vu poindre chez Socrate, qui se précise et s'amplifie dans la pensée du fondateur de l'Académie.

Si un trouble quelconque paraît dans cette divine ordonnance des choses, il doit nécessairement cesser et c'est à cet impératif que correspond l'institution de la peine, car c'est le moyen qui rétablit l'ordre.

(1) Voir pour l'ensemble de la doctrine platonicienne: FOULLÉ (A). *La philosophie de Platon*. 2^e éd. Paris 1888-89.

(2) BRÉHIER (E.). *Histoire de la philosophie*, t. I, f. I, p. 96.

On a par conséquent ce qu'on appelle depuis Zachariæ, un fondement absolu du droit de punir. La Cité a justement ce droit parce qu'elle est chargée d'assurer le bonheur par le règne de la vertu, autrement dit d'assurer dans l'ordre politique la divine ordonnance des choses.

Il est pourtant excessif, peut-être de trop appuyer sur la signification absolue du droit de punir. L'ordonnance divine des choses demande que tout trouble soit supprimé, mais la Cité punit aussi pour assurer le règne de la vertu. Le crime est un mal pour l'âme, le criminel est un malade. On le punit pour le guérir et rendre à nouveau son âme vertueuse. Expiation et guérison se touchent et même l'idée d'expiation « apparaît à ce point inséparable de l'idée de guérison, que celle-ci finit par dépasser celle-la donnant précisément à l'ensemble de sa conception une physionomie très particulière. » (1)

Ce qui rend très sensible cette idée de guérison, c'est que la peine est un mal (2); or c'est un mal aussi que pour la plupart, les médecins infligent au malade pour le délivrer de son mal.

Avec ce caractère de bienfait pour le coupable, on saurait difficilement nier une fonction utile à la peine d'autant plus qu'en quittant le Gorgias, les Lois surtout se maintiennent sur le terrain utilitariste et indiquent la peine comme moyen d'éviter les crimes.

La peine doit amender (3) le coupable et si rien n'en

(1) JODELET. œuvre citée. p. 18.

(2) GORGAS. 469 B.

(3) GORGAS 525 B. Lois IX 853. Lois XI 934 A.

est, s'il est incurable, on doit l'éliminer (1); la peine ne perdra pas ainsi son caractère d'intimidations (2), elle agira si non sur le criminel, sur ceux qui seraient tentés de le devenir.

On ne peut donc pas imputer à Platon de s'être cantonné dans l'abstrait, sans aucun sens de la réalité.

SECTION TROISIÈME

ARISTOTE (3)

Pour Aristote, la justice consiste dans une proportion donnée entre les biens partagés entre les citoyens. Par l'injuste, l'action dommageable, cette proportion se trouve faussée, car le criminel a plus qu'il n'a droit et la victime, par contre, ne retrouve plus exactement ce qu'elle devait avoir, mais moins. Il en résulte que l'Etat qui doit faire régner la justice, a le droit d'infliger au coupable une peine qui a le mérite de remettre les choses

(1) GORGIAS. 625 B. Lois IX 854 D.

(2) Lois 854 D.

(3) Voir pour toute cette section le très beau livre de LOENING (Richard) *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*. Jena 1903, et notamment : *Abhang I. Grund und Zweck der Strafe bei Aristoteles*. Aussi WELCKER (C. T.) *Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Giessen. 1813. Ch. x.

en place, en enlevant au coupable ce qu'il avait injustement en trop.

Ce principe de peine compensatrice repose donc, sur la justice qui agit d'ailleurs aussi bien dans le domaine des actions délictueuses que dans celui des contrats, ce qui a fait v. Bar croire à un contrat involontaire en vertu duquel on a le droit de punir.

Mais cette conception de la peine, moyen de rétablir la juste proportion entre les biens n'est pas la seule qui résulte des écrits d'Aristote. En effet, du moins dans les écrits qui sont restés, une étude du droit de punir ou de la peine n'est pas entreprise par Aristote, pas plus d'ailleurs que par Platon. Il en résulte que ses explications manquent d'unité, étant éparpillées dans des ouvrages divers écrits à des époques différentes de sa vie; et même plus, il en résulte parfois des contradictions.

En vérité, Aristote, bien que combattant la théorie des idées de son maître Platon, est plus respectueux de son enseignement politique. Il voit lui aussi dans l'Etat un office d'éducation qui poursuit le bonheur des citoyens en les habituant à la vertu. Et le moyen d'arriver à ce but consiste naturellement, dans l'établissement de certaines prescriptions appropriées : les lois.

Les lois prescrivent les bonnes actions et prohibent les mauvaises. Ceux qui sont habitués à une vie de droiture continueront, sans plus; mais ceux qui ne sont habitués à vivre que pour leurs passions et plaisirs seront influencés par les prescriptions de la loi, d'autant plus que celle-ci menace d'un mal leur transgression,

La peine est donc, dans cette nouvelle conception loin de l'infraction passée qui doit être compensée comme le demanderait le principe absolu de la justice, elle a plus en vue l'avenir, par son caractère préventif, prohibitif (1) Ainsi on a un nouveau fondement du droit de punir, le même que l'on doit somme toute voir chez Platon, à savoir, le rôle d'éducation de l'Etat, auquel la peine n'est que le moyen nécessaire. Et pour le rendre efficace, Aristote exige que le mal de la peine soit plus grand que celui que le criminel se propose d'accomplir et surtout que la peine agisse vite, pour réaliser dans les esprits la certitude du châtement.

Mais si, malgré la menace, une infraction est commise il ne s'ensuit pas que la peine ait terminé son rôle; elle agit sur le criminel par la souffrance qu'elle lui fait subir, ce qui le déterminera à ne plus recommencer et elle agit sur lui aussi en lui enlevant la jouissance de sa mauvaise action. En agissant ainsi, la peine a même un rôle de guérison, car elle donne à l'âme la santé en lui enlevant par un mal contraire sa jouissance; en quoi la peine n'est pas différente des médecines qui guérissent les maladies par quelque chose de contraire.

(1) GÜNTHER a ainsi raison d'indiquer : *Die Idee der Wiedervergeltung I.* Altenburg 1889, p. 106, que Aristote peut être considéré comme Platon d'ailleurs, un précurseur des théories qu'on a appelées dans les temps modernes, mixtes. Il est par conséquent impossible de voir en lui, comme le voudrait v. Dröste-Hülshoff, *Einleitung in das gemeine deutsche Kriminalrecht.* Bonn 1826, p. 14, un modèle de la théorie de la rétribution de Kant.

SECTION QUATRIÈME

CICERON ET SENEQUE

Il est connu que les Romains, dont les constructions juridiques nous émerveillent encore aujourd'hui, ont été par contre, loin d'égaliser leurs maîtres les Grecs dans la voie que ceux-ci leur avaient montrée dans les spéculations subtiles de la philosophie. (1) Aussi ne trouve-t-on pas une profonde analyse philosophique du fondement des rapports sociaux.

Une théorie pénale n'a pas été non plus construite pour justifier la nécessité de la peine ou du droit de punir et les développements qui se trouvent incidemment dans les écrits des deux plus grands philosophes de Rome, Cicéron et Sénèque sont insuffisants. (2) Il faudra pourtant en donner un très court aperçu, les autres écrivains latins (3) ne fournissant même pas le développements insuffisants.

(1) Voir RITTER. *Geschichte der Philosophie*. Hamburg, t. IV, 1834, p. 79 et HLDENBRAND. *Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie bei den Griechen*, t. I, 1860, p. 523.

(2) Voir ABEGG. *Die Strafrechts theorien in ihrem Verhältnisse zu einander*. Neustadt an der Oder. 1835, p. 98.

(3) Il en résulte une très grande variété, chez les auteurs modernes, dans la détermination du but principal de la peine chez les latins. Ainsi Rosshirt, *Lehrbuch des Kriminalrechts*. Heidelberg,

Cicéron qui considère la justice comme la « maîtresse et la reine des vertus » l'assigne naturellement comme fondement au droit de punir, qui s'exprime par la peine.

Mais l'idée de justice n'est pas la seule qui paraisse. On voit encore l'intimidation, l'amélioration, aussi bien que le souci du bien de l'Etat.

Il paraît pourtant que l'idée essentielle à retenir comme fondement de la répression chez Cicéron soit l'idée de justice, car il en tire que la peine ne doit pas être plus grande que la faute : « *Caveandum est, ne major poena quam culpa sit* ».

Sénèque souligne davantage que Cicéron les fonctions utilitaires de la peine : amélioration du coupable, son intimidation, intimidation générale, rien n'y manque sous les formes les plus diverses. Pourtant comme indication d'une conception générale de justice, Sénèque ajoute l'utilité d'un juste rapport entre la peine et le crime : « *Ne delictis supplicia sint graviora* ». Il ne faut pas oublier non plus qu'en prenant parti sur les paroles qu'il attribue à Platon, Sénèque a d'une façon plus large une conception utilitaire de la répression : « *Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* ».

1821. p. 117, estime que c'en est l'intimidation ; il est combattu parmi tant d'autres par Welcker: œuvre citée, p. 548 ; Besserer, *De nature poenarum*, Würzburg 1817 pp. 41 et 46-51 ; Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*. I. Tübingen 1855 pp. 418-419. La prévention spéciale est défendue par v. Grolmann, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, Giessen 1798 pp. 152, 163, contre Wächter, *Lehrbuch des römischen Strafrechts*, Stuttgart 1825-26.

CHAPITRE II

LE MOYEN AGE CHRETIEN

La chute de l'Empire romain marque dans l'histoire de la pensée humaine un point d'arrêt, car « avec la destruction des villes qui marque l'invasion des Barbares dans tout l'Occident, les centres traditionnels de culture disparaissent » (1).

La civilisation méditerranéenne est brisée dans son unité comme l'unité de l'Empire.

Elle reprend dans les humbles monastères sous le signe de l'Eglise, par une pente naturelle de l'organisation de la vie intellectuelle à la fin de l'Empire romain, où on recherchait moins « la culture intellectuelle proprement dite que le développement de la vie spirituelle » (2). Des communautés s'étaient formées dès le paganisme, communautés qui étaient devenues des écoles philosophiques. Mais il y en a eu qui sont restées sous le signe des mys-

(1) BRÉHIER (E.). Œuvre citée, tome I, f. III, p. 523.

(2) id., p. 523.

tères religieux tout en pratiquant une vie intellectuelle fortement développée.

L'Eglise ne fait que continuer cet état d'esprit et c'est pourquoi il convient de nous demander quelles étaient les idées de l'Eglise sur le droit de punir et d'une façon générale sur la répression.

Ayant d'abord à indiquer certaines contradictions entre la morale chrétienne et la répression, j'étudierai ensuite Saint-Thomas d'Aquin, comme représentant de la pensée du moyen-âge.

Il me reste, en marge de ce chapitre qui n'a trait qu'au moyen-âge, à dire quelques mots sur Saint-Augustin, car il est parmi les premiers penseurs chrétiens qui aient écrit sur la peine.

Saint-Augustin croit naturellement à l'ordre divin qui conduit le monde. Il imagine même la théorie des deux Etats; l'Etat divin et sa réplique terrestre, qui doit se conformer aux mêmes principes.

Le crime est péché, et « *peccatum impunitum esse non potest; si peccatum impunitum remaneat, injustum est; ergo sine dubitatione puniendum* » (1).

La peine est, par conséquent, rétribution, et elle est bonne parce que juste. « *Malorum poena, quae a Deo est, malum est quidem malis, sed in bonis Dei operibus est, quoniam justum est, ut mali puniantur, et ulique bonum est omne quod justum est* » (2).

(1) SAINT-AUGUSTIN. Sermo 19, 2 (Ml. XXXVIII, 133). Citée par HARTZ. *Wesen und Zweckbeziehung der Strafe*. Munster i. Westf. 1914, p. 123.

(2) Citation par le même, p. 123.

Le coupable n'a pas d'ailleurs à s'en plaindre car « *qui enim injuste se ordinat in peccatis, juste ordinatur in poenis* » (1).

Pourtant, pour Saint-Augustin, qui conçoit de la sorte le lien causal entre le péché et les suites du péché, il reste encore pour la peine comme fonctions, l'intimidation et l'amélioration du coupable.

Ce chapitre aura ainsi deux sections :

Section première : Attitude des premiers chrétiens envers la loi.

Section deuxième : Saint-Thomas d'Aquin.

SECTION PREMIÈRE

ATTITUDE DES PREMIERS CHRÉTIENS ENVERS LA LOI

1. L'enseignement de Christ. 2. La morale chrétienne.
3. Raisons de fait. 4. Modification de l'attitude primitive.

1. A ceux qui le raillaient de ne pas pouvoir se soustraire aux souffrances qu'on Lui infligeait, Christ avait simplement répondu : « Mon royaume n'est pas de ce

(1) id.

monde ». Rien donc entre Lui et les choses de la terre. Les fidèles n'avaient qu'à se soumettre aux lois établies, car il faut : « donner à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu ». Même prescription dans les paroles adressées à Pierre : « Remets ton épée en place, car celui qui tire l'épée, périra par l'épée ».

Donner le moins possible prise à la loi, se soumettre tout simplement à ceux qui ont le pouvoir, c'est tout ce que Christ recommande aux fidèles, quant aux rapports avec les pouvoirs publics.

2. Toute la morale prescrit d'ailleurs aux chrétiens de se désintéresser des institutions des païens qui peuvent avoir leurs lois, punir ceux qu'ils estiment en faute, s'adonner à toutes sortes de pratiques : le chrétien ne doit connaître que l'amour fraternel entre tous les membres de la communauté. « Aimez-vous, les uns les autres », « si quelqu'un te donne une gifle sur la joue droite, tourne-lui l'autre joue aussi », «... comme nous pardonnons à ceux qui nous ont offensés », voilà la morale (1).

Il est, par conséquent, impossible à un chrétien, digne de ce nom, d'entreprendre quoi que ce soit, contre quelqu'un qui lui a fait tort.

Le Christianisme est exclusif de droit pénal, du moins dans sa pureté première.

3. Son état de secte, parfois tolérée, le plus souvent persécutée, ne pouvait d'ailleurs lui conseiller une autre

(1) Pour toute cette section : v. BAR., œuvre citée, pp. 214-215.

attitude que celle résultant des paroles mêmes du Rédempteur. Il s'agissait d'éviter soigneusement le contact avec l'autorité païenne, pour ne pas lui rappeler ses propres dieux que l'Evangile menaçait, et l'inciter à de nouvelles atrocités.

Quand on est pauvre et sans forces, l'approche des forts ne vaut rien.

4. Mais la victoire de Constantin changea le sort du Christianisme. Devenu religion d'état, avec tous les avantages et toutes les responsabilités, il ne pouvait plus rester longtemps sans chercher et proposer une explication de tant d'institutions qu'il avait ignorées. Le Christianisme bénéficiait des ressources de l'Etat, de son imposante armature et de cette force qu'il avait trop souvent éprouvée; il était élémentaire de voir que tout cela avait besoin d'un nouveau fondement, d'autant plus que l'Eglise n'hésitera pas, dans la lutte contre l'hérésie, à user et même — malheureusement — à abuser des peines forgées en dehors de toute préoccupation de morale chrétienne.

SECTION DEUXIÈME

SAINT-THOMAS D'AQUIN

1. Représentant de la pensée chrétienne du Moyen-Age. 2. La loi éternelle. 3. Satisfaction nécessaire de la loi éternelle. 4. La justice humaine. 5. L'Etat. 6. Les fins

de l'Etat. 7. La peine, conséquence de la faute. 8. La peine, institution d'utilité sociale.

1. Il est juste que nous prenions comme le représentant le plus authentique de la pensée chrétienne du Moyen-Age, Saint-Thomas d'Aquin, d'autant plus que sa doctrine — le thomisme — par sa vraie spiritualité, tend à défier les siècles et à « demeurer avec sa grandeur essentielle et son essentielle efficacité, aujourd'hui comme au temps de Saint-Louis » (1).

2. La loi — dans la pensée de Saint-Thomas — est « une prescription de la raison en vue du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté » (2). Or, la plus large communauté étant l'Univers, et celui qui en a la charge, Dieu, les prescriptions de la sagesse divine forment la loi éternelle à laquelle tout est soumis; et c'est cette loi éternelle qui constitue la source première de toutes les autres lois.

3. La loi éternelle doit être toujours satisfaite, et elle l'est réellement, par l'homme bon qui lui est assujetti et n'agit que suivant ses préceptes; elle l'est encore par l'homme méchant, qui la connaissant, l'observe mal, en tentant de s'y soustraire, car ce qu'il n'accomplit pas de la loi divine, il doit le subir sous forme de châtiment (3).

L'infraction est donc cette insoumission à la loi éter-

(1) MARTIN (Jacques). *Le docteur angélique*. Paris 1930, p. XVII.

(2) GILSON (Etienne). *Saint-Thomas d'Aquin*. Paris 1925, p. 230.

(3) Ia IIa 9 u, 93 art. 6. (*Summa theologica*).

nelle, qui est pourtant rétablie par le châtement, conséquence inéluctable de la mauvaise action.

4. « *Judicium hominum debet imitari divinum judicium* » (1). Etant comme toute chose, soumise à la justice divine, la justice humaine doit l'imiter. Mais si toute mauvaise action trouve par rapport à la justice divine un châtement, la justice humaine, elle, doit laisser sans sanctions certains actes qui à ses yeux, ne constituent pas des infractions. Il y a là une première tentative de séparation entre la morale et le droit.

5. La justice humaine est exercée par l'Etat, (2) qui est un organisme éthique. L'homme qui a pour fin dernière « *per virtuosam vitam pervenire ad fruitionem divinam* », ne pouvant la réaliser seul, est amené à se lier à ses semblables, à constituer l'Etat. Et c'est par l'Etat qu'il pourra arriver à ses fins.

6. Les fins de l'Etat sont donc tout naturellement subordonnées aux fins de l'individu. C'est là le caractère fondamental de la philosophie politique chrétienne. L'Etat

(1) S. th., II, II, 9 108, a 4.

(2) Voir notamment BURRI (Antonio). *Le teorie politiche di San Tommaso e il moderno diritto pubblico*, Roma, 1884.

BURRI construit tout son livre sur le *De regimine principum*, attribué autrefois à Saint Thomas, mais dont l'inauthenticité paraît avoir été prouvée. Mais, comme cet écrit, dont l'auteur est, au moins pour la dernière partie Ptolomée de Lucques, représente bien en matière politique l'esprit thomisté, j'ai cru pouvoir présenter ses conclusions comme justes. Voir dans ce sens, BRÉHIER, œuvre citée, t. I, III, p. 682.

n'a que des fins secondaires — la tranquillité et la paix — qui servent à la réalisation des fins principales des individus.

7. L'Etat, étant investi de la souveraineté — qui vient de Dieu, car l'Etat participe de l'action divine, comme toute chose excellente — a le droit d'infliger des peines.

La peine — « *corruptio agentis* » — résulte directement de la faute — « *corruptio actionis* » — d'après les exigences de la raison divine.

8. Mais cela n'exclut pas l'utilité de la peine. En effet, le docteur angélique n'oublie pas d'enseigner que pour le bien de la chose publique, les coupables doivent être punis — même de la peine de mort; et nous trouvons chez lui cette image tellement stéréotypée depuis « comme pour le bien des membres sains, on coupe le membre gangrené ».

Ce bien commun, cependant, ne doit pas être obtenu seulement par la répression. On doit prévenir les crimes, et pour cela les moyens sont toujours les mêmes : intimidation et amendement. «... *secundo ut suis legibus et praeceptis, poenis et praemiis homines sibi subjectos ab iniquitate coerceat et ad opera virtuosa inducat* ».

Etant ainsi parti de la nécessité de mettre en balance le mal du crime par le mal de la peine, Saint-Thomas évolue et assigne à la peine des fins utilitaires de défense sociale, d'intimidation et d'amélioration du coupable.

CHAPITRE III

Quelques théories modernes

Le nombre des théories émises depuis GROTIUS à nos jours est tel que pour arriver à en donner un faible aperçu plusieurs volumes seraient nécessaires. Aussi ne songe-je même pas à les indiquer. Les temps modernes sont marqués au point de vue des théories du droit criminel par la lutte continuelle des deux grandes façons de voir le fondement du droit de punir.

Je ne pourrai que donner par les auteurs choisis les points de repère des mouvements dominants, et dans cet ordre d'idées, je me permets de considérer ma théorie comme indiquant les tendances actuelles.

Sept sections :

Section première : HUGO GROTIUS

Section deuxième : PUFENDORF

Section troisième : BECCARIA

Section quatrième : KANT

Section cinquième : FEUERBACH

Section sixième : ROSSI

Section septième : V. BAR.

SECTION PREMIÈRE.

HUGO GROTIUS.

1. Nécessité d'une ample étude de sa théorie. — 2. Définition de la peine et fondement du droit de punir. — 3. Qui doit punir. — 4. La vengeance. — 5. Les fins de la peine. — 6. Les actes punissables. — 7. Montant de la peine. — 8. De la grâce. — 9. Conclusion.

1. — La première théorie pénale complète, présentée comme telle, qui ait paru, est sûrement celle que HUGO GROTIUS développe dans le 20^e chapitre du second tome de son compréhensif « *De jure belli et pacis* ». (1)

Bien que la presque totalité des idées qui y sont exposées, soit la reprise des données émises avant lui, l'esprit supérieur de GROTIUS a su leur donner, dans une parfaite unité, son cachet caractéristique de compilateur de génie.

Première théorie complète du droit criminel, profondeur de vue rarement dépassée par la suite, voilà des raisons suffisantes pour consacrer à la doctrine pénale de GROTIUS une étude particulièrement détaillée et dans les limites du possible, complète.

(1) GROTIUS. *De jure belli ac pacis*, 3 vol., Ultrajecti 1696-1703.

2. — En tête de ses explications, GROTIUS place une définition de la peine : « *Est autem poena generali signficatu : Malum passionis quod infligitur ob malum actionis.* » (1) L'importance de cette définition est capitale pour la mise en lumière de l'idée de rétribution que GROTIUS assigne comme fondement au droit de punir. On punit, en effet, parce que un mal a été commis — *ob malum actionis* — ; et l'idée se précise par la suite. La peine est la conséquence inéluctable du crime, car « *crimen grave non potest non esse punibile* » (2) et le droit de punir naît du délit même : « *... ut recte puniat, jus habere debet ad puniendum, quod jus ex delicto nocentis nascitur* ». (3)

Il en résulte que la peine est due et cela s'explique aussi, d'après GROTIUS, par le fait que le criminel se soumet par sa propre volonté aux conséquences de son acte.

3. — Mais si la raison dicte de punir le coupable, elle ne dit pas qui est ce qui doit punir. GROTIUS affirme aussitôt que la nature indique que le plus convenable est que ce soit un supérieur, supérieur qui doit remplir comme seule condition de ne pas avoir commis lui-même un crime, car le criminel est censé se rendre par lui-même inférieur à tous les autres et même sortir du genre humain pour tomber dans celui des bêtes. (4)

Ce droit de punir a appartenu dans l'état de nature à

(1) GROTIUS. Œuvre citée, § 1.

(2) GROTIUS. Œuvre citée, § II, 3.

(3) id.

(4) id. § III, 1.

tous les hommes, mais comme il est difficile de découvrir la vérité et l'estimation de la peine demandant beaucoup de sagesse et d'équité, les hommes ont délégué ce droit à ceux qu'ils croyaient être les meilleurs; de façon que ce droit n'appartient plus qu'aux souverains. (1)

4. — Comme une conséquence de sa définition de la peine, GROTIUS devait admettre la vengeance comme la forme primitive de la peine, bien qu'il reconnaisse qu'elle est injustifiée en raison et que même c'est la manifestation de cette colère que les hommes ont en commun avec les bêtes. (2)

C'est pourquoi il n'estime l'exercice de la vengeance comme licite que s'il se tient « *intra aequi terminos* » (3). C'est donc toujours l'équité qui limite et l'exercice de la vengeance et celui du droit de punir. Mais l'homme est difficilement modéré quand il a été lésé, et c'est pourquoi on a constitué des juges. Solution pleinement conforme à la conclusion précédemment indiquée, relative à l'exercice du droit de punir.

5. — Mais l'exercice du droit de punir n'est pas seulement limité par l'équité. Il l'est aussi par la sagesse qui commande l'utilité, car « *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim proeterita non possunt, futura prohibentur* ». Le but donc de la

(1) id. § VIII, 4.

(3) id. § V, 1.

(2) id. §, VIII, 2.

peine est d'empêcher de nouveaux crimes de se produire et cela en cherchant l'utilité : a) de celui qui a péché; b) de celui qui avait intérêt à ce que le crime ne fût pas commis, et enfin c) de tout le monde indistinctement. (1)

a) On recherche l'utilité de celui qui a péché, en l'améliorant. Pour cela la peine qu'on lui inflige ne doit pas être la peine de mort, sauf dans les cas où il vaut mieux pour le coupable mourir, que continuer à vivre.

b) L'utilité de celui qui avait intérêt à ce que le crime ne fût pas commis est envisagée par des mesures propres à empêcher un nouveau crime d'abord de la part du coupable lui-même et cela soit en l'enfermant, soit en lui enlevant le pouvoir de mal faire, soit en le détournant du crime par le mal infligé, et ensuite de la part des autres, par la publicité de la peine.

c) Enfin, l'utilité de tout le monde en général est obtenue de la même façon.

Et pour illustrer sa conception, GROTIUS cite SÉNÈQUE : qui résume ainsi les buts de la peine : « ..., *ut aut eum quem punit emendet, aut ut poena ejus ceteros meliores reddat, aut ut sublati malis securiores ceteri vivant* ». (2)

6. — GROTIUS assimile au point de vue de leur essence *crimen* et *peccatum*, mais il n'en tire pas que tout péché est punissable, car il n'y a que les crimes graves qui doivent être punis. Pour déterminer l'acte punissable le criterium est pourtant par trop vague, l'adjectif grave

(1) id, §, VI, 2.

(2) id. §, XIII.

n'offrant pas la précision désirée. Alors notre auteur procède par élimination et indique trois catégories d'actes qui, bien que constituant des péchés, ne sauraient être punis : *a*) les actes intimes (1), même s'ils sont arrivés à la connaissance des autres, *b*) les actes inévitables à la nature humaine et *c*) ceux qui ni directement, ni indirectement ne touchent la société ou les autres hommes.

7. — C'est encore l'utilité qui intervient pour déterminer le montant de la peine et il est normal qu'il varie suivant le désir du coupable, l'injustice de l'acte, les aptitudes du criminel, son état et enfin la facilité de commettre le crime et sa fréquence.

8. — Mais, s'il est utile de punir, il est parfois utile de pardonner et GROTIUS n'hésite pas à justifier le droit de grâce aussi bien avant l'existence des lois pénales, qu'après leur institution.

9. — En résumant, pour GROTIUS le droit de punir résulte de l'acte-même, mais il est limité par l'équité et l'utilité.

(1) Il faut comprendre par actes intimes, ceux qui ne se passent que dans la conscience de l'individu, sans aucune extériorisation et qui peuvent être connus par la confession ou l'aveu.

SECTION DEUXIÈME

PUFENDORF (1).

PUFENDORF, tout comme GROTIUS, commence par donner une définition de la peine qu'il corrigera par la suite en ce qu'elle a de trop absolu.

En effet, « la peine est en général un mal que l'on souffre à cause d'un mal que l'on a fait » (2) « mais, bien que la sagesse du créateur ait disposé... que les actions mauvaises attirent quelque mal à leur auteur par une suite nécessaire... l'usage des peines... est très nécessaire à la société humaine. » (3)

Cette nécessité des peines s'explique parfaitement par le but que PUFENDORF leur assigne, de prévenir les maux que les hommes se font les uns aux autres par des actions criminelles. Pour cet effet, il faut, ou que celui qui a commis quelque crime se corrige, ou que les autres soient détournés par son exemple d'en commettre de semblables, ou que le coupable soit hors d'état de retomber dans le même cas. » (4) Donc, si l'on veut expri-

(1) *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par JEAN BARBEYRAC, 2^e éd. Amsterdam, 1712.

(2) *Pufendorf. œuvre citée*, t. II, livre 8, ch. III, paragraphe IV.

(3) *id* § VI.

(4) *Id*.

mer en termes plus modernes les buts de la peine chez PUFENDORF, on doit dire amélioration, intimidation et action de mettre en impuissance de mal faire.

PUFENDORF critique même, après avoir pourtant donné la définition qu'on a lue, ceux qui veulent faire croire que la peine doit satisfaire à la justice ou faire expier les crimes. Il ajoute même que les textes des écritures saintes cités à l'appui se réfèrent au tribunal divin ou seulement aux lois particulières et aux cérémonies des juifs.

Le caractère utilitaire de la peine s'explique d'ailleurs par les raisons qui ont déterminé les hommes qui vivaient avant dans l'état de nature. Il s'agissait, en effet, de se soustraire aux maux qu'ils pouvaient se faire les uns aux autres, ou du moins de se donner la possibilité de bien se défendre.

Le souverain édicte des mesures en ce sens mais elles seraient inutiles si le moyen de les faire valoir ne lui appartenait pas. D'ailleurs ce droit de punir appartient à l'Etat, donc au souverain du propre consentement du coupable, mais dans la pensée de PUFENDORF, ce consentement ne porte pas, comme le dit HOBBS, sur ce que les individus laissent à l'Etat le droit de conservation qu'ils avaient tous dans l'état de nature; les individus s'engagent, en entrant dans la société, à ne pas défendre ceux qu'elle aurait condamnés et à lui prêter main forte, s'il le faut, pour empêcher que le criminel ne s'échappe.

Mais, ce n'est pas seulement le droit de punir qui est fondé sur des raisons d'utilité; la mesure même des

peines en dépend, et il convient de dire que PUFENDORF fait une critique assez humoristique du talion, en indiquant certaines infractions qui, comme l'adultère et la calomnie, ne laissent pas concevoir la contre-partie comme peine, et même pour celles qui, comme un soufflet, l'admettent, il est téméraire de prétendre que le soufflet donné sera de la même force que celui reçu, si c'est celui qui a été frappé, qui le rend ou encore moins si c'est un tiers.

SECTION TROISIÈME.

BECCARIA.

1. Raisons de son œuvre. — 2. Contrat à la base de l'Etat. — 3. Conséquence quant au criminel. — 4. Effet de la peine.

1. — La justice pénale de 1700 était loin de s'inspirer de pensées favorables aux condamnés. On sévissait avec la dernière rigueur contre ceux que les règles assez critiquables d'ailleurs de la procédure faisaient indiquer comme coupables.

Nombre d'esprits s'étaient émus des excès des peines et c'est comme cristallisation de cet état d'esprit naissant, que le traité de BECCARIA « *dei delitti et delle pene* » (1) paraît et à un succès foudroyant.

(1) *Beccaria. Dei delitti e delle pene*, Suivant la traduction française *Des délits et des peines*, Paris 1796.

Il cherche plus d'humanité dans l'administration de la répression et il montre que l'Etat a le devoir d'employer d'autres moyens que la peine pour arriver à supprimer les crimes.

2. — Pour obtenir plus d'importance pour l'individu, fût-il coupable, BECCARIA est naturellement amené à fonder l'Etat sur un contrat, imposé d'ailleurs comme dans la pensée de HOBBS, par le besoin d'assurer la sécurité parmi les hommes précédemment en état de nature. Il ne va pourtant pas aussi loin que HOBBS quant à la détermination quantitative de la liberté initiale sacrifiée au pouvoir social. Il admet, en effet, que ce n'est pas la totalité de sa liberté que l'individu aliène, mais une petite partie seulement.

3. — Cette partie sert ainsi de gage de bonne conduite, car s'il atteint à la liberté des autres, l'Etat aura le droit de le punir. C'est donc, sur le consentement du criminel que le droit de punir est fondé. Il en résulte tout naturellement, que ce droit doit avoir des limites, et BECCARIA les trouve dans l'utilité; il faut punir seulement tant qu'il est utile.

4. — Pour donner exactement la pensée de BECCARIA il faut ajouter que dans ses explications paraissent aussi certains éléments d'intimidation. Mais l'intimidation produite surtout par la certitude du châtement, est loin de former pour lui une donnée constitutive du droit de punir; c'est plutôt l'effet de la peine.

SECTION QUATRIÈME.

KANT.

1. Réaction contre les suites des déformations de la théorie de BECCARIA. — 2. Fondement du droit de punir. — 3. Valeur sentimentale de sa théorie.

1. — KANT (1) est le premier à avoir réagi contre les erreurs entraînées par les déformations de la théorie de BECCARIA et qui consistaient à réduire la fonction pénale à une série d'expédients individuels.

2. — Dans un élan de sentimentalisme, KANT fait appel à ses impératifs catégoriques pour justifier le droit de punir et croit y réussir en affirmant que la justice exige que tout mal soit rétribué par un autre mal. Toute préoccupation d'utilité est exclue de ses développements et comme illustration de sa conception du droit de punir on cite habituellement sa fameuse phrase : « même si la société civile se dissolvait par le consentement de ses membres... le dernier assassin trouvé en prison devrait d'abord être exécuté, car chacun doit recevoir ce que ses actions valent. »

(1) KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Frankfurt u. Leipzig, 1797.

3. — La théorie de KANT vaut surtout par sa signification sentimentale et par la place que le philosophe de Königsberg tient dans l'histoire de la pensée humaine. Sa valeur scientifique est pourtant loin de justifier tout le crédit qu'on lui a accordé.

SECTION CINQUIÈME.

FEUERBACH. (1)

1. Etat de la répression par rapport à la loi vers 1800.
— 2. Théorie de la contrainte psychique. — 3. Modification.

1. A la fin du dix-huitième siècle, l'autorité de la loi positive en matière pénale traversait une grave crise, du fait que les juges se reconnaissaient le droit d'en négliger les prescriptions en vertu des principes soi-disant supérieurs, qu'ils interprétaient souverainement.

Il en résultait une double conséquence : d'une part, on ne punissait pas toujours quand il le fallait et d'autre part, très souvent les peines prévues étaient considérablement augmentées, car si le juge pouvait ne pas punir ou punir d'une peine plus douce que celle prescrite, il pouvait aussi l'aggraver.

(1) Voir surtout GRÜNHUT (Max). *A. v. FEUERBACH und die Probleme der Straflichen Zurechnung*. Hamburg 1922.

2. — Pour combattre cet arbitraire, FEUERBACH (1) construit sa théorie de la contrainte psychique.

Ses grandes lignes, dans la première forme, cherchent à justifier le droit de punir à un double point de vue : de l'Etat et du coupable.

L'Etat a le droit de prévenir les maux, personne ne lui conteste ce droit. Or, pour y arriver, il peut inscrire dans ses lois, sans léser personne, qu'un mal est attaché à la violation de certaines règles, violation qui constitue aux yeux de la loi une mauvaise action. Mais l'Etat poursuit la suppression des maux, de façon que si la menace n'est pas mise en application, si elle n'est pas suivie d'exécution, l'action de l'Etat reste sans efficacité. FEUERBACH table ainsi sur les instincts des hommes qui par crainte s'abstiendront de mal faire. Or, cette crainte ne saurait exister, si l'exécution de la menace n'est pas certaine; cette exécution même est ainsi justifiée par son utilité.

Le coupable de son côté n'a rien à dire, car il était prévenu, il savait que des peines étaient attachées aux mauvaises actions. En en accomplissant, il s'est ainsi volontairement soumis à la peine.

3. — Cette justification du droit de punir du point de vue du coupable est abandonnée par FEUERBACH dans son « Strafe als Sicherungsmittel » (2), se rapprochant

(1) Voir FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. I. Erfurt 1799.

(2) FEUERBACH, *Über Strafe als Sicherungsmittel von künftigen Beleidigungen des Verbrechers*. Chemnitz. 1800.

ainsi davantage des simples théories de l'intimidation.

FEUERBACH devait pourtant être mentionné ici, pour le succès positif de son œuvre, dont les idées passeront dans le code pénal bavarois du début du dix-neuvième siècle.

SECTION SIXIÈME.

ROSSI. (1)

1. Théories mixtes. — 2. Leur première expression chez ROSSI.

1. — Au commencement du dix-neuvième siècle, une combinaison du fondement impératif du droit de punir et des considérations d'utilité est essayée en France et « Rossi est le premier et le plus habile des partisans » des théories appelées mixtes.

2. — Le fondement du droit de punir est la rétribution du mal par le mal. C'est un axiome : « elle est, parce que elle est ». (2)

Rossi estime pourtant que cette justification pourrait entraîner des abus; il imagine alors que ces abus peu-

(1) ROSSI. *Traité de droit pénal*. Paris et Genève. 1829.

(2) Rossi, œuvre citée p. 289.

vent être évités, en restreignant l'exercice de la justice par des considérations d'utilité : « Le but de la justice humaine est extérieur et borné. C'est encore la justice absolue mais la justice absolue appliquée seulement aux violations de nos devoirs envers les tiers, en tant que ces violations troublent d'une manière sensible l'ordre social ». (1)

SECTION SEPTIÈME.

v. BAR.

En étudiant la notion de droit, *v. BAR* (2) conclut qu'elle ne contient rien qui exige une poursuite active du criminel.

Il faut donc chercher ailleurs une justification du droit de punir et *v. BAR* le fait en analysant les actions immorales et leurs conséquences.

Pour lui tout acte qui viole la loi est plus ou moins immoral, or tout acte immoral provoque une désapprobation, résultat du jugement éthique qu'il détermine.

La désapprobation concerne d'abord l'action immorale mais elle déteint naturellement sur l'auteur lui-même.

(1) *Id.* p. 290.

(2) *V. BAR*, œuvre citée. paragraphe 103-112. pp. 311-361.

Si le fait de la désapprobation est certain in abstracto, il ne laisse pas voir quelle pourrait être son expression concrète. Elle peut être seulement réduite à la désapprobation mentale de l'auteur de l'acte immoral comme elle peut aller jusqu'à la destruction.

Mais pourquoi la société a-t-elle ce droit ? Parce que une communauté humaine ne peut être conçue comme étant dénuée de morale, de façon que la désapprobation publique de certains actes contraires à la morale est un droit inconditionné. La morale est ainsi essentielle pour la communauté, or toute association a le droit d'expulser celui qui n'observe pas les règles considérées comme ses conditions d'existence.

La société a le droit de punir et le coupable n'a pas à s'en plaindre, car c'est lui qui le premier a brisé la morale et la loi.

En résumant : « Certains principes fondamentaux de moralité sont publiquement et notoirement caractérisés par la communauté civile comme inviolables par l'attachement aux actions qui sont contraires à ces principes d'une marque solennelle de désapprobation. Cette marque affecte nécessairement l'auteur de l'acte, car le fait et l'auteur ne peuvent pas être regardés séparément. Cela résulte du fait que la communauté est obligée de donner une reconnaissance pratique des maximes fondamentales de la moralité ».

TITRE DEUXIÈME.

CLASSIFICATIONS ET CRITIQUE DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES PROPOSÉS.

Ce titre a naturellement deux chapitres :

Chapitre premier : Classification des systèmes proposés.

Chapitre deux : Critique des systèmes proposés.

CHAPITRE PREMIER.

Classification des systèmes proposés

Pour rendre mieux compte de la nature des différents systèmes proposés je présenterai deux des classifications d'ensemble qui ont été proposées respectivement, par BAUER et BINDING. Ensuite, prenant comme base les données essentielles des théories du droit pénal, je présenterai une troisième classification.

Donc trois sections :

Section première : Classification de BAUER.

Section deuxième : Classification de BINDING.

Section troisième : Essai d'une nouvelle classification.

SECTION PREMIÈRE.

CLASSIFICATION DE BAUER. (1)

BAUER considère les théories du droit pénal suivant deux idées : Les théories simples (*reine, einfache Theorie*) et les théories mixtes ou éclectiques (*gemischte, zusammengesetzten, kombinierten, syncretistischen Theorien*).

Les théories simples, celles qu'il appelle *reine Theorie* parce que une seule idée leur sert de base, se divisent en théories absolues et théories relatives.

Les théories absolues sont les théories qui estiment que le droit de punir existe tout simplement parce que la peine est la suite nécessaire de l'action injuste.

Les théories relatives supposent, elles, que le droit de punir existe en raison des buts qui sont assignés à la peine, buts qui rentrent d'ailleurs dans la fonction de l'Etat. Ces buts concourent, généralement, au maintien de l'ordre légal, et la peine est le moyen propre à l'assurer.

Ces buts concernent soit l'infraction passée, soit l'infraction possible dans l'avenir, de là une nouvelle division, des théories relatives, en théories du dédommage-

(1) BAUER (Anton.). *Die Warnungstheorie*. Gottingen 1830.

ment (Vergütungstheorien) et théories de la prévention (Verhütungstheorien).

Les théories du dédommagement exigent que le mal idéal causé par l'infraction soit supprimé par le châ-timent du coupable (Erstattungstheorien, Genugtuungstheorien).

Les théories de la prévention mettent le but de la peine dans la prévention des nouvelles infractions et cette pré-vention est assurée soit par la menace de la peine soit par sa réalisation, d'où : théorie de la menace pénale et théories de la réalisation de la peine.

Les théories de la menace pénale (Strafandrohungstheorien) sont celles qui doivent produire la prévention par la menace écrite dans la loi de punir une action que la loi défend, et cela :

moyennant l'intimidation de tous par l'influence des ressorts des sens; théorie de la contrainte psychique ou de l'intimidation (Theorie des psychischen Zwanges, oder Abschreckungstheorie),

ou moyenant l'avertissement de tous, par l'indication des actes punissables; théorie de l'avertissement (Warnungstheorie).

D'après les théories de la réalisation de la peine (Strafzufügungstheorien) la prévention doit être obtenue par la condamnation et son exécution,

Le châ-timent doit agir soit sur le coupable, soit sur le reste des citoyens.

Le châ-timent peut d'ailleurs, agir sur le coupable de deux façons :

soit en améliorant son être intérieur, théorie de l'amélioration ou de l'amendement (Besserungstheorie),

soit en défendant l'Etat contre lui, théorie de la défense (Verteidigungstheorie).

Cette défense de l'Etat est à obtenir elle-même de deux façons :

soit en prévenant par le châtimement de nouvelles infractions de la part du même coupable, théorie de la prévention spéciale (Preventionstheorie, Spezialprevention),

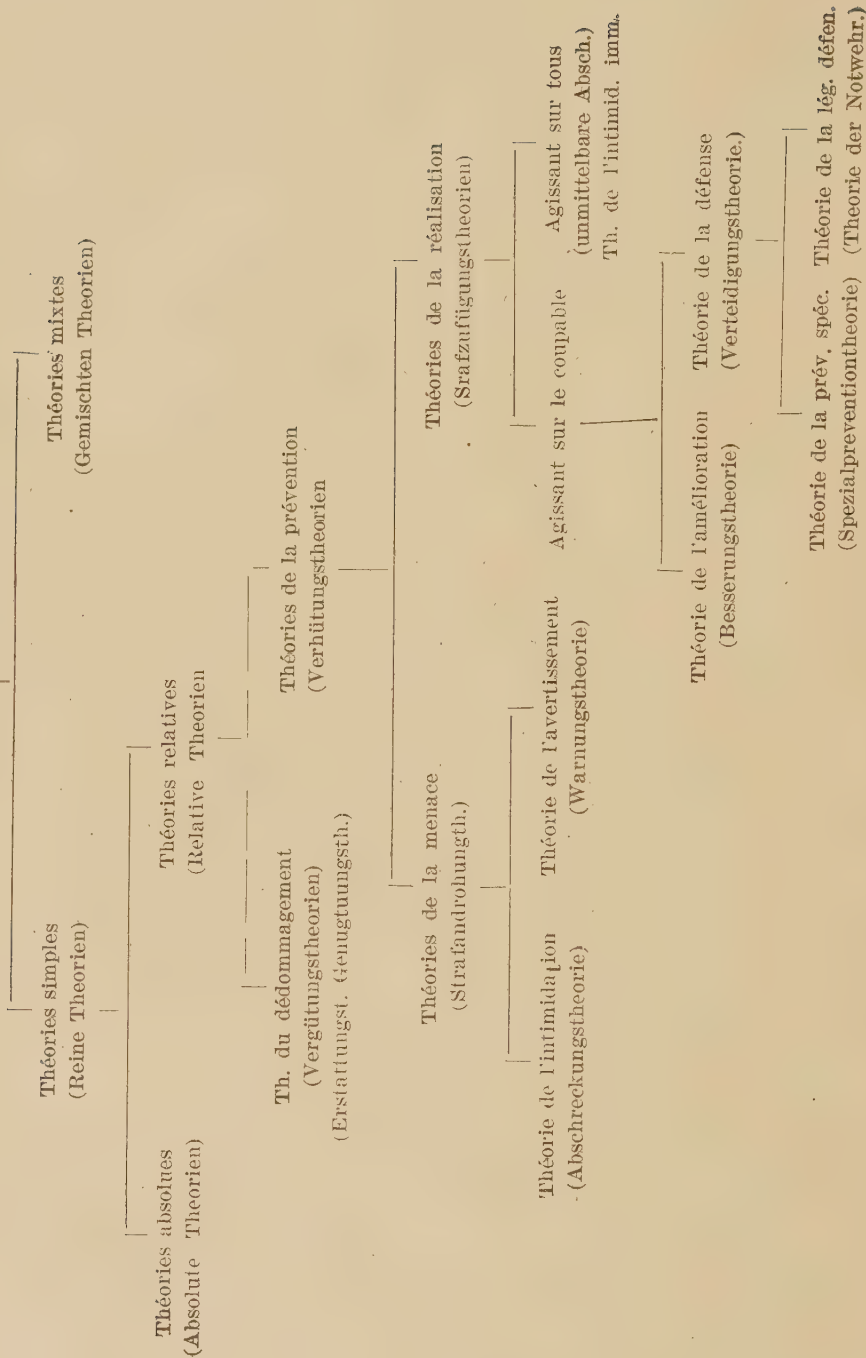
soit par la légitime défense de l'Etat, théorie de la conservation ou théorie de la légitime défense (Selbsterhaltungstheorien oder Théorie der Notwehr).

Le châtimement peut aussi agir sur le reste des citoyens en les intimidant par l'exécution de la peine, théorie de l'intimidation immédiate (Theorie der unmittelbaren Abschreckung, poena exemplaris).

Enfin les théories mixtes ou éclectiques consistent dans la réunion de deux ou plusieurs théories simples.

Pour la clarification de cette classification peut-être trop compliquée, j'ai établi le tableau suivant :

THEORIES DU DROIT PENAL



SECTION DEUXIÈME.

CLASSIFICATION DE BINDING. (1)

BINDING distingue trois grandes classes dans les théories pénales : les théories absolues, les théories relatives et les théories mixtes ou éclectiques.

1. — Dans les théories absolues, on trouve d'après BINDING toutes les théories qui voient dans le délit, non seulement l'occasion de la peine, mais aussi sa justification.

A. Une première catégorie en est formée par les théories qui considèrent l'infraction comme réparable et qui voient dans la peine le moyen de guérir le mal, le réparer; BINDING nomme ces théories, théories de la guérison (Heilungstheorien). On a vu que BAUER les classait sous le nom de théorie du dédommagement, de la compensation (Vergütungstheorien) dans les théories relatives, et il n'avait pas tort, car ces théories prennent, bien que faiblement, en considération le but, la fonction de la peine.

B. Une deuxième catégorie est formée par les théories pour lesquelles le délit est irréparable, la peine n'ayant

(1) BINDING (Karl.). *Grundriss des deutschen Strafrechts*. 7^e Auflage. Leipzig. 1907.

alors qu'à rétribuer le mal, l'action injuste passée. Ce sont les théories de la rétribution (*Vergeltungstheorien*).

Ces théories se divisent elles-mêmes en trois groupes, suivant l'objet de l'attaque.

1. Si l'infraction porte atteinte aux commandements divins, la divinité poursuit par ses représentants son droit de rétribution; théories de la rétribution divine (*göttliche Vergeltungstheorien*).

2. — Si l'infraction est une atteinte à l'ordre moral, la peine est la rétribution pour le compte de la morale; théories de la rétribution morale. (*sittliche Vergeltungstheorien*).

3. Si enfin, l'infraction est une action contre le droit, la peine est la rétribution pour le compte du droit; théories de juste rétribution (*rechtliche Vergeltungstheorien*).

II. — Le délit n'est que l'occasion de la peine, mais non sa justification. La peine est justifiée comme moyen de réaliser les buts de l'Etat, qui a le droit de punir se fondant sur l'utilité générale.

Constatant la divergence qui existe entre les divers partisans des théories relatives il conclut à leur inexactitude et se borne à indiquer quelques-uns des moyens par lesquels les crimes doivent être supprimés pour le bien de tous : intimidation du coupable et de tout le monde, prévention et amélioration.

III. — Enfin, les théories mixtes pour lesquelles le délit est le fondement de la peine et la rétribution son but premier, un second but étant la sécurité, la prévention

de l'autorité dont les lois ont été méconnues ou le bien être futur de la société.

BINDING donne ainsi une grande importance aux théories absolues, négligeant les théories relatives. Sa classification est donc un complément à celle de BAUER qui, par contre, néglige les théories absolues en faveur des théories relatives; c'est la raison pour laquelle j'ai présenté après celle de BAUER, la classification de BINDING.

SECTION TROISIÈME.

ESSAI D'UNE NOUVELLE CLASSIFICATION.

Les deux classifications que je viens d'exposer ont naturellement le mérite de présenter jusque dans leurs détails les théories qui se sont données pour tâche de trouver un fondement au droit de punir, par l'étude particulière de la peine.

Les suivre pour présenter une critique des théories serait une entreprise sans intérêt car la parenté plus ou moins accentuée entre les diverses catégories de théories de la même classe prêterait à des répétitions sans aucune utilité.

Je m'arrêterai donc, aux grandes lignes des théories, à leurs différences essentielles. La route est d'ailleurs clairement indiquée car depuis Zachariæ, on divise les

théories du droit pénal en théories absolues et théories relatives. Et M. Garçon, (1) dans son ouvrage sur l'évolution du droit pénal, exprime très clairement leurs positions respectives : «... Jamais les deux grandes théories qui depuis l'antiquité se partagent les esprits, sur le fondement du droit social de punir, n'ont été plus profondément discutées, critiquées, reprises et présentées sous des aspects différents. L'une à laquelle Kant a donné sa plus complète expression qui fait reposer le châtiment sur le seuil impératif de la justice et assigne à la peine l'expiation pour but; l'autre qui, avec Bentham et les philosophes positivistes, justifie la répression par sa nécessité et ses fins utilitaires ».

Je garde donc, la grande division, en empruntant cependant à v. Hentig sa nomenclature : théories impératives (2) (imperative Theorien) et théories du but ou mieux, théories finales (3) (Zwecktheorien).

Cette classification a ainsi, à sa base, une idée supérieure, divine, morale ou de justice, qui exige un châtiment en raison de l'infraction commise. Si une théorie rentre dans ses vues, en admettant l'existence d'une pareille idée, on a affaire à une théorie impérative. Si, par contre, une pareille idée n'est pas admise, on a une théorie finale.

(1) GARÇON (E.) *Le droit pénal*. Paris 1922. p. 85.

(2) v. HENTIG. *Die Strafe*. Stuttgart-Berlin 1932. p. 154.

(3) Id. p. 164.

Plusieurs auteurs, considérant qu'avant tout il faut que les actions humaines soit imbuës de moralité, gardent ce fondement impératif, mais admettent aussi d'autres buts à la peine, en dehors de l'expiation qui somme toute n'est pas un but; on combine ainsi une théorie impérative à une théorie finale. Si je place ce genre de théories dans la classe des théories impératives c'est que, ce qu'il y a d'essentiel dans la peine, c'est la nécessité inéluctable de la peine en raison des principes supérieures. Les buts ne sont qu'accessoires, ils sont même considérés par certains auteurs comme des simples effets de la peine. On punit parce que la justice ou la morale l'exige; or, il se trouve que la peine agit sur les individus. Tant mieux, les actions injustes n'en seront que moins nombreuses, l'ordre moral sera satisfait. J'appelle ces théories, théories impératives évoluées, par opposition aux autres, théories impératives primaires. Je supprime ainsi, dans ma classification, la classe des théories mixtes, comme sans caractère essentiel différent. (1)

Quant aux théories finales, dont Bauer fait une pénétrante analyse sous le nom de théories relatives, je ne saurais les classer d'après leurs extrêmes détails. Bien que l'analyse de Bauer soit exacte, sa complexité nuit à une critique d'ensemble qui voudrait la suivre, c'est

(1) Dans cette catégorie des théories impératives évoluées rentrent aussi les théories éclectiques qui estiment que l'utilité ne doit être qu'une limitation de l'idée supérieure de justice.

pourquoi je me tiens aux grandes idées qui sortent de ces théories et qui sont :

L'intimidation,

L'amélioration,

La préservation,

La guérison.

Ces théories finales peuvent être à leur tour, unitaires, quand elles assignent un seul but à la peine, ou bien plures, quand elles lui en assignent deux ou plusieurs.

C'est ainsi sur ce schéma que je présenterai certaines observations, en guise de critique. Elles seront très brèves, vu que ce travail a déjà été fait nombre de fois et avec une ampleur suffisante.

CHAPITRE II

Critique des systèmes proposés

Il est un fait indiscutable, que les différentes théories proposées, bien que souvent appliquées dans les lois n'ont pas fait disparaître la plaie des crimes.

On est forcément porté à dire que c'est en grande partie l'insuffisance des théories proposées, et en effet, c'en est une des raisons.

Il faut pourtant bien se dire que la théorie la plus juste, appliquée dans les conditions les meilleures, ne saurait aucunement déterminer les moyens de supprimer définitivement la criminalité; il y a trop de cas qui échappent à toute prévision, des criminels en germe, qui ne peuvent pas être dépistés, même dans l'hypothèse absurde où ils auraient un surveillant à leurs trousses.

Ce que l'on doit donc demander aux théories pénales c'est d'indiquer le fondement du droit de punir qui permette les mesures les plus efficaces à limiter au maximum la criminalité.

Or, bien loin d'être limitée, la criminalité est en pleine croissance.

J'ai dit qu'une des raisons en était l'insuffisance des théories proposées. En effet, si non l'unanimité, du moins la majorité écrasante des théories pénales ont été construites pour répondre à un système philosophique d'ensemble, où le droit pénal ne jouait que le rôle de pièce accessoire. Les autres, bien qu'inspirées par le souci unique de répondre aux besoins de la répression n'ont cherché de solutions que dans le raisonnement, sans se demander si les faits vérifient les prémisses. Or, il est évident que ce sont les théories qui doivent se plier aux faits et non les faits aux théories.

La société humaine n'est pas née grâce à un hasard, ou par application d'un principe métaphysique régissant le monde. Elle a obéi à des lois infiniment plus exactes et plus réalisables. Ces lois qui appartiennent plus au domaine des sciences naturelles et psychiques ont pu jouer tant que l'homme n'a pas eu la conscience complète de sa valeur de penseur. A partir de ce moment-là, ces lois ont été faussées par l'intervention de l'activité mentale de l'homme, qui croyant à la toute puissance de sa pensée, s'est livré à des constructions purement imaginatives. Pour arriver donc, à trouver le mécanisme de ces lois il faut naturellement rejeter le balast d'acquis que l'homme, animal réfléchi, mais présomptueux a pu imaginer.

C'est à la lumière de ces considérations que je ne saurais accepter les théories impératives.

En effet, toutes reposent sur une conception de divin, moral ou juste. On peut faire somme toute, rentrer ces

conceptions dans le vocable large de morale; or, on a là l'exemple le plus typique, d'une notion acquise par l'homme grâce à sa faculté imaginative.

Je dois avouer, d'ailleurs, que cette conception fait honneur à l'homme, mais les modalités et surtout la prétention de la faire rentrer dans le domaine scientifique du droit de punir ne peuvent être acceptées.

La morale est un concept d'une variabilité extrême par le fait qu'il n'est qu'une construction expérimentale. Pour arriver à la détermination d'une action morale il faut du temps, et le résultat à peine acquis est aussitôt sujet à de nouvelles modifications, grâce au mouvement continuel du travail de l'opinion.

Or, si le concept en lui-même saurait par hypothèse être admis, comment réaliser ses modalités, déterminations de l'immoral, de l'injuste? Il est évident que jamais une précision même approximative ne saura être réalisée, à cause justement de la mobilité extrême du concept de morale, lui-même.

Et puis, quelles sont les preuves que les principes moraux sont la loi de l'Univers, ou du moins de l'humanité? Et qui sera capable de les dégager dans leur suprême pureté? On sait que la conception de la morale est purement subjective, qui sera donc le plus apte à énoncer les principes et leurs applications? Autant de questions auxquelles aucune réponse satisfaisante ne saurait être donnée.

Envisageons plutôt, les théories finales, en remarquant en passant, que les théories impératives évoluées parti-

cipent des mêmes erreurs que les théories impératives primaires.

Les théories finales ont une base rationnelle, car elles se fondent sur le but de l'Etat.

Ce but peut être déterminé, il s'agit seulement de s'en faire une idée exacte et de trouver les moyens susceptibles de le réaliser.

Or on a envisagé comme seul moyen d'arriver à ce but, par les différentes voies que j'ai déjà indiquées, la peine.

Il est évident que toutes les voies indiquées : amélioration du coupable, intimidation, préservation et guérison, sont parfaitement souhaitables, bien que l'intimidation perde de valeur quand il s'agit d'individus qui obéissent dans la perpétration de leurs crimes à des mobiles intérieurs suffisamment forts pour négliger la crainte du châtiment. Le coupable aura souvent agi sous l'empire d'une forte passion, du désespoir ou bien dans la croyance d'une récompense dans l'autre monde, comme les premiers chrétiens qui ne voulaient pas abandonner leur religion, ce qui, du point de vue de la législation de Rome, était un grave crime. Il faut aussi compter avec les cas pathologiques de ceux qui trouvent dans le mal subi une grande volupté. Autant de causes qui font que l'intimidation n'a qu'un effet très relatif.

De même, l'amélioration du coupable par la peine est le plus souvent un trompe-l'œil, car il est évident que la peine a un effet salulaire sur ceux qui ne sont tombés

que par accident dans le précipice du crime — et encore faut-il que le contact des mauvais sujets ne les pervertisse pas — la plupart, de toutes façons les plus dangereux, les criminels incurables n'en tirent aucun profit.

Ce n'est que la préservation qui est parfaitement réalisée par la peine. En éliminant, en effet, du milieu social le criminel inapte à y vivre, on n'aura plus à craindre, du moins de sa part, de nouvelles infractions.

Enfin, ce que v. Hentig appelle guérison (1) serait le moyen scientifique de la stérilisation qui servirait à empêcher certains délits qui sont en étroite liaison avec toute maladie affectant, par la sexualité, la personnalité tout entière du malade. Elle a aussi pour rôle d'empêcher que des êtres portant des tares ne puissent donner naissance à des descendants plus malheureux encore.

Considérant maintenant l'ensemble de la question — et tenant la stérilisation moins pour une peine que pour une mesure de prophylaxie sociale, — on peut conclure que le seul but auquel la peine puisse atteindre complètement est l'élimination, c'est-à-dire par la préservation de la société. J'aurai d'ailleurs à le démontrer plus amplement par la suite.

Les autres fonctions émises pour la peine seraient peut-être toutes souhaitables, il n'en est pas moins vrai qu'elles ne peuvent être remplies d'une façon satisfaisante. Il faut donc, chercher ailleurs leur réalisation.

(1) V. HENTIG. *œuvre citée* pp. 183-184.

Les théories finales complexes sont par suite de ces développements condamnées. Il suffit de l'indiquer, car les différentes fonctions de la peine entrent dans un conflit inextricable, en raison des différences des méthodes à employer pour les réaliser.

DEUXIÈME PARTIE

Esquisse d'une théorie nouvelle

DEUXIEME PARTIE

ESQUISSE D'UNE THEORIE NOUVELLE

GÉNÉRALITÉS

1. Valeur sociale. 2. Théorie du complexe social. 3. Conséquences quant à ma théorie sur le droit de punir. 4. Plan.

1. La vie sociale connaît un nombre infini de faits et d'institutions, résultant du commerce tellement varié des hommes. Et cela est vrai quelque soit l'état de la société humaine envisagée. Une société moins évoluée connaît aussi bien qu'une société arrivée, au moment de l'observation, au maximum de développement, une multiplicité de faits sociaux. Il est évident, cependant, que la somme des faits sociaux est plus considérable dans la

société la plus développée. Souvent, malgré l'apparence de nouveauté, un fait social d'une société évoluée n'est que la transformation formelle du même fait, paru précédemment dans la même société, à une autre époque de son évolution. Le fait social aura subi l'évolution de la société où il aura paru, ou le plus souvent, aura déterminé cette évolution.

Il en résulte qu'il y a des faits sociaux qui, en dehors de leur signification à un moment donné — signification que j'appelle *valeur sociale relative* — ont une autre signification qui dure indéfiniment dans le temps, c'est ce que j'appelle *valeur sociale absolue*. Cette valeur sociale absolue est la même, à n'importe quel moment de l'évolution sociale, et l'observation et l'expérience la vérifient dans n'importe quel moment et dans n'importe quel endroit, quelles que soient les transformations non essentielles, formelles, du fait envisagé.

2. — Un fait social — soit dans sa forme la plus simple de rapport entre deux personnes, soit dans la forme la plus complète de généralité — engendre nécessairement un autre fait, social ou individuel. Généralement un fait social d'une certaine ampleur détermine nécessairement des faits sociaux et subsidiairement des faits individuels. De quelque façon qu'elle se soit formée, d'ailleurs, il y a parfois une relation entre deux ou plusieurs faits sociaux. Cette relation repose sur leurs valeurs sociales relatives.

Mais cette relation peut aussi exister entre les valeurs sociales absolues. Et comme par définition la valeur so-

ciale absolue est invariable à travers les périodes variées de la société qui l'a produite, la relation entre les différentes valeurs sociales absolues est elle aussi invariable, aucun élément variable n'étant intervenu. Nous avons alors ce que j'appelle un *complexe social*.

3. Le droit de punir n'est qu'un fait social. Il n'est pas isolé. Il suppose nécessairement une autorité qui inflige la peine, cette peine, une infraction et l'homme qui la commet. Cela dans l'état actuel de notre évolution. De tous ces éléments, il y a trois faits sociaux : l'autorité — expression du groupement social — l'infraction et la peine. Nous constatons aussi qu'entre ces faits sociaux il y a une relation qui fait que ces trois faits sociaux se résument, en quelque sorte, dans la répression, conditionnée par le droit de punir. Le droit de punir nous paraît ainsi comme le ciment qui relie les différentes parties, la condition même, et la raison d'être de leur existence.

La répression est nécessairement donc un complexe de faits sociaux; il s'agit de savoir si elle est un complexe social. Pour nous en convaincre, il nous faudra rechercher en remontant aussi haut dans le passé humain que les dernières données de la science nous le permettent, si ces différents faits sociaux ont toujours existé, s'ils ont une valeur sociale absolue et si un rapport a, dans ce dernier cas, existé entre elles.

Si les recherches aboutissent à un résultat affirmatif, nous aurons sans peine le vrai fondement du droit de punir, car c'est ce droit qui aura conditionné, mieux même, déterminé le complexe social répression.

4. — Le plan de cette deuxième partie comprendra donc trois chapitres :

Chapitre premier : Le groupement social.

Chapitre deux : L'infraction.

Chapitre trois : La peine.

et les conclusions sur le droit de punir.

J'ajouterai dans les conclusions finales les lignes générales d'une étude qui doit suivre et qui aura trait à la portée qui doit être assignée au droit de punir par rapport au fondement que je lui aurai trouvé.

CHAPITRE PREMIER

Le groupement social

J'ai précédemment posé en principe que nulle conclusion décisive ne saurait être tirée de l'étude isolée des institutions contemporaines, leurs interprétations rendant possible un nombre considérable de théories. La multiplicité exceptionnelle des systèmes proposés pour le fondement du droit de punir en est une preuve éclatante.

Pour réaliser la vérité scientifique, — dans les recherches sur le droit de punir, comme d'ailleurs en Sociologie — il faut nécessairement remonter aux origines des faits envisagés, découvrir sous les formes parfois différentes leur signification absolue, leur valeur sociale absolue.

Il me faudra donc dans ce chapitre tâcher de donner des précisions sur les origines de la société. En quoi faisant, ma première préoccupation sera de parler des premiers hommes. L'état actuel de la préhistoire permet quelques lueurs bien que le seul matériel direct soient les traces qu'ils ont laissées de leur passage sur le globe, « dans ces restes de leur vie de chaque jour, accumulés

dans les cavernes qu'ils habitaient, dans les ruines de leurs demeures artificielles, dans les lieux de leurs campements et pour les périodes les plus anciennes, souvent dans les alluvions produits par des courants qui, après avoir lavé la surface de la terre, l'ont recouverte de matières qu'ils entraînent dans leur course » (1).

Mais ces lueurs, seraient insuffisantes si l'étude des sociétés inférieures — moins évoluées ou décadentes — ne permettait pas de les préciser et les compléter.

Partant de ces données, j'aurai à étudier les premières formes d'organisation sociale, leur rechercher la valeur sociale absolue et les suites nécessaires de leur apparition.

Ce chapitre aura donc quatre sections, correspondant chacune à l'objet respectif ci-dessus indiqué :

Section première : Les premiers hommes.

Section deuxième : Les formes d'organisation sociale.

Section troisième : Les besoins communs.

Section quatrième : L'autorité.

(1) DE MORGAN (Jacques). *L'humanité préhistorique*. Paris 1924
p. 11.

SECTION PREMIÈRE

LES PREMIERS HOMMES

1. L'apparition de la vie. 2. Evolution des premières formes vivantes. 3. La forme humaine.

1. Pasteur ayant victorieusement démontré, l'opinion soutenue par Cuvier, que dans la nature actuelle, il ne se forme plus spontanément d'êtres vivants (1), on a été obligé de chercher dans les conditions primaires de la terre l'explication de l'apparition de la vie. Le résultat paraît être comme le soutient Perrier (2), que la vie s'est formée des réactions chimiques provoquées par les radiations extrêmement étendues du soleil, sur une terre elle-même puissamment radio-active.

Cette conclusion permet de croire que des réactions de ce genre ont pu se produire sur des endroits divers du globe, ce qui donnerait, soit simultanément soit successivement, des foyers de vie multiples, sans aucun rapport de filiation entre eux.

2. La paléontologie ne réussit pas à nous donner les

(1) V. PERRIER (Edmond). *La terre avant l'histoire*. Paris 1920, p. 387.

(2) Id. p. 79.

formes prises par les premières manifestations de la vie, ce qui est d'ailleurs fort naturel, les fossiles actuellement connus étant bien postérieurs à l'apparition de l'homme; « mais les liens qui unissent entre elles les formes vivantes actuelles sont tels qu'on peut les déduire les unes des autres, comme si elles étaient le résultat d'une évolution naturelle, dont il est possible de préciser les lois. Ces lois permettent à leur tour de reconstituer avec toute vraisemblance, les étapes que leurs ancêtres inconnus ont parcourues » (1).

Les formes vivantes ont subi sous l'influence des facteurs physiques extérieurs, des transformations organiques profondes. Lamarck en a donné certaines preuves avec sa théorie de l'adaptation, heureusement complétée par celle de Darwin sur la sélection.

3. L'homme est le terme dernier de cette transformation évolutive des formes vivantes. Il se distingue par une intelligence, qui a ceci de particulier qu'elle est consciente, et il est bon de souligner que cette organisation psychique est le résultat des modifications anatomiques déterminées sur certains singes antropomorphes — selon toute vraisemblance — par l'apparition de la main. La bouche s'est ainsi trouvée dégagée de la fonction d'appréhension, les muscles du visage en ressentant les conséquences, la boîte crânienne a pu prendre un développement grandissant, de façon que le cerveau et par suite les fonctions cérébrales se sont amplifiées (2).

(1) PERRIER (Edmond). *œuvre citée*, p. 81.

(2) V. PERRIER (Edmond). *œuvre citée*, p. 383.

Quand s'est-elle produite cette transformation, quand ont-ils apparu, les premiers hommes?

Il n'y a rien d'impossible que l'homme ait vécu dans les temps tertiaires. « Il se peut qu'un jour on rencontre ses restes dans quelque'un de ces ossuaires qui, comme ceux de Pikermi, de Maragha, de Dakota, etc., permettent de reconstituer les faunes disparues, dans les vases de quelque lac, tel celui de Sansan, où sont venus s'amonceler les cadavres entraînés par les fleuves; mais jusqu'à ce jour, aucune découverte de cette nature n'est venue à l'appui des hypothèses relatives à l'homme et à ces instruments primitifs qu'on désigne sous le nom d'éolithes. « Nous devons donc nous borner à prendre l'être humain lorsqu'il nous apparaît d'une manière certaine, aux temps quaternaires », (1)

C'est donc sur les témoignages de ces temps quaternaires que j'avancerai mes affirmations.

SECTION DEUXIÈME.

LES FORMES D'ORGANISATION SOCIALE.

1. La société humaine, fait biologique. — 2. Les clans. — 3. Les phratries. — 4. Les tribus. — 5. Les cités et l'Etat.

(1) DE MORGAN (Jacques), *œuvre citée* p. 5.

1. — La première forme d'organisation sociale n'a sûrement pas été unique. L'évolution animale a dû, en effet, s'achever sur des points différents du globe, et même, à des moments différents, vu que ce processus n'a pas été produit par la multiplication continue d'un foyer de vie unique, mais bien au contraire, par une évolution parallèle de plusieurs foyers.

Ce premier point acquis, la constitution anatomique et physiologique de l'homme montre parfaitement qu'au moment de l'apparition de la forme humaine, dans ces lointains temps quaternaires, plusieurs êtres humains se sont trouvés à vivre ensemble, du fait de la naissance. En effet, sans tirer aucune conséquence de la présence de deux êtres nécessitée par la procréation, le fait de la naissance implique le fait de cohabitation pendant un temps assez prolongé, au moins entre la mère et les enfants, vu qu'un instinct animal pousse toujours la femelle à soigner ses petits pendant le temps minimum nécessaire à leur donner des forces. Et, comme ce temps est relativement long pour l'espèce humaine, le fait de cohabitation est parfaitement démontré. Or, ce fait n'a pas été sans engendrer des conséquences quant à la mentalité des êtres ainsi réunis, vu que leur capacité intellectuelle dépassait déjà, celle de tous les autres animaux. Du fait de la cohabitation prolongée, des habitudes se sont formées, (1) habitudes d'autant plus faciles à acquérir

1) Voir BERGSON (Henri). *Les deux sources de la religion et de la morale*, 7^e éd. Paris 1932 p. 2.

qu'elles étaient particulièrement favorables à la défense de chacun, tellement pressante et difficile à réaliser dans ces temps où l'homme, s'il n'avait peut-être pas à craindre ses semblables, avait de redoutables adversaires dans la faune gigantesque qui l'entourait. (1)

Et, les témoignages de l'époque quaternaire, dont je parlais plus haut, confirment cette affirmation. Les traces de l'homme montrent qu'il n'a pas vécu seul, et je ne retiens ici que la signification des cadavres des cavernes (2) qui, entourés d'objets divers, dans une pensée que j'aurai à préciser par la suite, laissent voir suffisamment qu'à l'origine même de l'homme, il y avait une société, dans ce sens de collectivité connaissant des devoirs réciproques.

Il me paraît donc, pleinement prouvé que la société humaine est un fait biologique d'évolution, qui ne fait d'ailleurs que continuer la marche ascensionnelle dont est sorti l'homme. L'évolution sociale se relie ainsi à l'évolution anatomique des formes vivantes. Mais sur cette même ligne, le fait biologique de la société a engendré des conséquences psychiques importantes; il a créé une mentalité sociale qui, loin d'être la cause de l'évolution sociale, n'en est que la conséquence, comme l'intelligence de l'homme n'est que le résultat de son évolution anatomique. (3)

(1) Voir DE MORGAN (Jacques. *œuvre citée* p. 171.

(2) Id. p. 245.

(3) Voir CORNEJO (M.-H.) *œuvre citée* p. 152.

2. — Cette mentalité se manifeste d'abord dans l'organisation sociale : le clan, qui est, suivant la définition de Durkheim (1) « un groupe d'individus qui se considèrent comme parents les uns des autres, mais qui reconnaissent exclusivement cette parenté à ce signe très particulier qu'ils sont porteurs d'un même totem. Le totem lui-même, est un être animé ou inanimé, plus généralement un animal ou un végétal, dont le groupe est censé descendre et qui lui sert à la fois d'emblème et de nom collectif ».

Le noyau primitif générateur du clan, un clan lui-même somme toute, s'étant fondu dans la masse des descendants, la mentalité primitive de tous ces individus est arrivée tout naturellement à ce concept de totem, car il était nécessaire à leur façon de voir, de se sentir protégés par une des nombreuses forces surnaturelles dont ils avaient peuplé l'univers. C'est là, le caractère mystique, religieux, du totem. Mais il y a aussi un caractère social à relever, celui que le totem est l'ancêtre commun. On trouve là, l'expression de la conscience profonde des liens qui unissent, les uns aux autres, les membres du clan. (2)

Le caractère domestique du clan est indéniable. Les membres du groupe se croient descendants d'une même origine. Pourtant on n'a pas là, ce qu'on appelle com-

(1) Rapportée par MORET et DAVY. *Des clans aux empires*. Paris 1923. p. 14.

Une définition analogue : FRAZER. *Totenisum* Edimburgh 1927, p. 2

(2) Voir MORET et DAVY, *œuvre citée*. p. 19.

munément la famille, car la parenté au lieu d'être fondée sur des relations de consanguinité, repose sur la communauté de totem. (1)

La famille, groupement plus étroit, à souveraineté savamment organisée, est postérieure au clan, de sorte que « c'est le clan qui est vraiment la famille, c'est-à-dire cette société juridique de parents liés entre eux par la communauté de nom et de culte et par la réciprocité de droits et de devoirs. » (2)

Les parois de la grotte de la Madeleine donnent des indications précieuses quant à l'existence du totemisme dans les temps quaternaires; (3) mais ce sont surtout les peuplades les moins évoluées de l'Australie et de l'Amérique qui fournissent les renseignements les plus nombreux. C'est donc là que je les chercherai, dans la conviction que ces peuplades retracent les institutions primitives de l'humanité, et que les mêmes faits se trouvent dans un même rapport avec leur raison d'être.

3. — Par la suite naturelle des naissances, le clan se développent considérablement, les liens initiaux se relâchent quelque peu, sans pourtant se briser. Des totems nouveaux paraissent, groupant les membres issus de la souche primaire et peut-être aussi des individus qui pour des raisons diverses s'y sont ajoutés. Ces groupements nouveaux forment naturellement autant de clans qu'il

(1) *Id.* p. 15.

(2) *Id.* p. 16-17.

(3) Voir DE MORGAN, *œuvre citée* p. 245.

y a de totems, mais comme vestige de leur origine commune il reste au-dessus de tous un autre totem, le totem de la phratrie. Ainsi donc la phratrie, suivant toujours la définition de DURKHEIM, (1) « c'est un clan primaire qui en se développant, a été amené à se segmenter en un certain nombre de clans secondaires, mais sans que ces derniers perdent le sentiment de leur communauté d'origine et de leur solidarité. Par suite, il subsiste entre eux des liens qui font de l'agrégat formé par leur réunion un groupe doué d'une certaine unité. »

Il n'y a donc dans la nature de la phratrie rien qui diffère essentiellement de celle du clan. C'est le même groupement reposant sur une communauté d'origine sensible à un signe extérieur qu'est le totem avec cette particularité, que certaines des obligations du clan sont moins fortes ou moins étendues, comme conséquences du relâchement relatif des liens unissant les différents membres.

4. — Là où intervient une différence de nature, c'est avec la tribu. Non pas qu'elle soit exclusive d'un culte commun aux phratries qui la compose, bien au contraire, mais c'est la notion d'origine commune qui fait défaut. Et comme une illustration de ce défaut de totem commun, la possibilité des relations sexuelles permises entre membres d'une même tribu, appartenant pourtant à des phratries différentes.

La tribu prend d'ailleurs plus allure d'organisation

(1) Rapporté par MORET et DAVY, *œuvre citée* p. 18.

politique. Généralement il y a une souveraineté fortement individualisée et aussi une fixation au sol. La tribu s'est peut-être formée par la croissance excessive d'une phratrie, croissance qui aurait déterminé l'oubli de l'origine commune, ou bien s'est-elle formée par la réunion volontaire des phratries. De toutes façons, si la tribu n'est pas le développement normal de la phratrie, elle a sûrement été constituée sous la pression des besoins communs d'assurer un culte ou de se défendre.

5. La Cité représente la première forme d'organisation complète dans l'ordre politique. Les tribus, ou parfois une seule tribu, se sont fixées au sol. Les conditions géographiques sont le plus souvent déterminatrices de l'endroit et des limites. Les tribus, répondent une fois de plus à ce besoin de défense en commun et sacrifient une partie de leur indépendance propre pour assurer mieux une défense nécessaire. L'élément volontaire qui aurait pu intervenir est donc doublement négligeable, d'abord par la raison qui le détermine, et surtout, ensuite par cela qu'il ne change rien à la nature des institutions. La Cité n'est que l'instauration d'une autre autorité au-dessus des autorités des tribus, mais celle-là n'est pas trop indépendante de celles-ci. Toutes impliquent des devoirs, et la Cité sera la plus forte quand les devoirs à elle rendus seront supérieurs aux devoirs familiaux, dans le sens large. La Cité copie l'organisation domestique jusque dans la religion; chaque Cité a sa divinité, qui est l'expression du besoin de défense mutuelle que manifestent l'Acropole ou les remparts (1).

(1) GLOTZ (G). *La cité grecque*. p. 23.

L'Etat actuel, qui n'est qu'une forme évoluée d'organisation sociale, en même temps que politique, est apparu assez rarement du consentement de plusieurs Cités. C'est le plus souvent la force, la conquête qui l'a fait naître. Inutile même de dire que lui non plus n'innove et ne fait qu'habiller un peu autrement ce fait que nous avons constaté depuis l'apparition de l'homme : le groupement social.

Le groupement social a donc toujours existé dans la longue évolution sociale de l'homme, sous les différentes formes que je viens d'indiquer. Le premier terme donc de la répression a ainsi paru de très bonne heure. Il me reste à lui trouver la valeur sociale absolue.

SECTION TROISIÈME.

LES BESOINS COMMUNS.

1. Le groupement social se maintient pour la satisfaction des besoins communs. — 2. Existence des besoins communs à travers l'évolution sociale. — 3. Conclusion.

1. — Nous avons vu que le groupement social apparaissait comme fait biologique, imposé par les lois inéluctables de la nature. Mais il y a la plupart des animaux

qui présentent le même caractère de vie en commun prolongée et pourtant cette espèce de cohabitation ne dure, pour beaucoup, au delà du moment où les petits trouvent des forces qui leur permettent de se nourrir seuls. A la base donc, de toute activité animale, nous trouvons le besoin de nourriture comme germe de la dissolution du groupe initial provoqué par la naissance. Il s'explique probablement par l'impossibilité de trouver au moment voulu une grande quantité d'aliments au même endroit. L'homme ne suit pas ces exemples pour la très simple raison que la vie en commun engendre des habitudes et que ces habitudes lui sont favorables pour sa défense. Son cerveau, d'ailleurs est suffisamment bien outillé pour utiliser des moyens que les animaux sont dans l'impossibilité d'employer. Et, dans son action le cerveau est secondé par la main. Ainsi peut-il se nourrir plus facilement en groupe, le cerveau inventant des moyens que la main réalise. Il est donc, essentiel de souligner que le groupement social paru naturellement, s'est maintenu grâce aux habitudes, épaulées comme je l'ai précédemment montré, par la nécessité de défense.

2. — Que c'est cette nécessité de défense qui est primordiale pour l'homme quaternaire, les premiers groupements sociaux, les clans, nous en donnent la preuve.

L'homme primitif n'a pas seulement à lutter contre les forces de la nature. Il ne voit d'ailleurs en elles ce qu'elles sont réellement, mais des forces surnaturelles, des esprits, susceptibles de lui causer du mal. (1) L'Uni-

(1) Voir BURRIS (E. E.). *Taboo, Magic, Spirits* New-York 1931 p. 25.

vers pour lui, est peuplé d'un nombre illimité de ces forces qui prennent des formes tangibles : la foudre, un animal ou bien un arbre qui, arraché par la tempête, tue. Ces forces sont cependant, dans la pensée de l'homme primitif, influençables (1); en bien ou en mal. Il faut par conséquent tâcher d'une part, de s'acquérir leur bienveillance et d'autre part de ne pas exciter leur colère. De là, le totem qui symbolise une force tutélaire, (2) pré-disposée à être bonne pour son groupe et toutes les cérémonies qui se proposent d'apaiser les esprits. La première forme d'organisation sociale recèle ainsi, dans sa constitution intime, ce besoin de défense; besoin commun à tous les membres du groupement.

Si on passe maintenant au terme actuel de l'évolution l'Etat, qui n'en est qu'une phase, on ne peut nier la nécessité pour lui de satisfaire à des besoins communs. Ils sont même nombreux, la civilisation développant ces besoins qui primitivement se réduisaient à la nourriture et à la défense. Trouvés au plus ancien et au plus récent termes de l'évolution sociale, les besoins communs se sont fait sentir dans tout le courant de cette évolution, étant dans l'essence même du groupement social. L'étude des formes d'organisation sociale l'ont laissé voir, et, si jamais les Etats-Unis du monde se réalisent, ce sera encore pour répondre à un besoin commun, le besoin de paix, qui anime les hommes de tous les pays.

(1) RENAN (Ernest). *Historique du peuple d'Israël*. 5 vol. Paris 1893-94. t. I. p. 27.

(2) Voir DÉCHELETTE (J.) *Manuel d'Archéologie préhistorique celtique et gallo-romaine*. 4 vol. Paris 1908 à 1914. I. p. 268.

3. — Pour conclure sur les besoins communs étudiés non pas dans leur nomenclature, mais dans leur rôle de déterminations de groupements, il me semble que je puis affirmer que le groupement social a comme valeur sociale absolue la satisfaction des besoins communs, car c'est cette signification que l'on trouve, sous des formes variées, partout où une institution collective paraît, fut-ce même les formes artificielles que la vie juridique actuelle connaît.

SECTION QUATRIÈME.

L'AUTORITE. (1)

1. Pouvoir collectif et individuel. — 2. Pouvoir individualisé. — 3. Valeur sociale absolue du pouvoir.

1. — A l'origine de la société, groupement et pouvoir se confondent. En effet, les membres du clan sont égaux, par le fait que le totem dont ils sont pareillement porteurs se trouve en eux et aucune hiérarchie ne saurait être conçue entre les différents fragments du principe collectif qui les unit. « La souveraineté est diffuse dans l'ensemble du groupe sans être concentrée en aucun

(1) L'autorité ou le pouvoir, c'est ce qu'il y a d'essentiel dans la Société. voir, en ce sens, MAUNIER (René). *Introduction à la Sociologie*. Paris 1929 pp. 12-14.

point ». (1) D'ailleurs, pour pouvoir s'individualiser, le pouvoir devrait se fixer sur un individu ayant existence distincte de celle du groupe, un tel individu n'existe pas, car il n'y a que le groupement qui existe.

On demande donc, à l'autorité ce qu'on demande au groupement lui-même, c'est-à-dire satisfaction des besoins communs. Le groupement entier pourvoira à la nourriture de tous ses membres, à leur sécurité par rapport à leur voisins et aussi par rapport aux forces surnaturelles. Le groupement assiste à des cérémonies, exécute des danses pour apaiser les esprits et ne perd aucune occasion pour honorer les morts, qui eux-aussi et peut-être plus que tout autre, participent de la divinité.

2. — Mais une possibilité d'individualisation du pouvoir paraît justement par suite des pratiques religieuses du clan. Pour veiller à la conservation des objets sacrés, le clan tout entier ne saurait s'immobiliser. La délégation d'un membre à la fonction de gardien du dépôt sacré dût apparaître assez vite. Logiquement ce gardien devait se spécialiser dans les cérémonies religieuses, savoir les préparer et servir de conseil pour tout ce qui les concernait. C'est ce qui est arrivé, et ce sont là les fonctions de l'alatunja, simple ministre du culte plus que chef. (2) Mais son emploi, qui n'est somme toute que celui d'administrateur d'un intérêt vital, lui donne la possibilité de

(1) MORET et DAVY *œuvre citée* p. 62.

(2) Voir MORET et DAVY *œuvre citée* p. 80.

s'affirmer et sous son influence grandissante, il n'est pas difficile de le voir acquérir une autorité dominante au nom du dieu qu'il servait. « S'il veut conserver son prestige et son autorité de chef », il doit même, « apparaître à ses gens comme le génie tutélaire du clan ». (1) Et, c'est de cette situation que lui vient tous les pouvoirs; la force du clan entier s'incarne dans le chef. Aussi est-il considéré comme appartenant au monde miraculeux des divinités. Il a des offices à remplir et parmi les plus importants celui de ne pas laisser les puissances du monde invisible nuire à l'alimentation du groupe. (2) Il a donc, des devoirs que son pouvoir lui impose. Ce sont exactement ceux qui pesaient sur le groupement, à savoir, faire tout ce que prévoient les coutumes pour le bien-être de la communauté et sa sécurité.

Le pouvoir social a subi, dans son individualisation, nombre de transformations, mais même au moment de la plus forte concentration, la notion de devoir qui lui est incluse n'a pas faibli.

L'Etat moderne, considéré comme dépositaire du pouvoir social, a-t-il des devoirs envers la collectivité ? Naturellement.

3. — L'autorité apparaît ainsi comme le moyen apte à réaliser la satisfaction des besoins communs. Autorité, cela veut dire force, mais cela veut dire aussi devoir, de-

(1) DAVY, *Foi jurée*. Paris 1922 p. 325.

(2) Voir LEVY-BRUHL (L.). *La mentalité primitive*. Paris 1922. pp. 366, 368.

voir de satisfaire aux besoins communs. C'est là sa valeur sociale absolue. Et, cela au point que si, pour des raisons diverses, l'autorité s'émousse et ne remplit pas son devoir, les individus cherchent à s'y soustraire et à réaliser des groupements plus restreints, mais à autorité fortement organisée, capable au moins d'assurer le premier de tous les besoins communs, la sécurité; les exemples des groupes autour des potentiores dans les derniers temps de l'Empire romain, et la Féodalité au moyen-âge, en sont des exemples concluants.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'INFRACTION.

Le deuxième fait social que j'ai distingué dans la répression est l'infraction. Il s'agit là-aussi, de trouver sa valeur sociale absolue, en l'étudiant dans les diverses phases de son évolution.

Pour y arriver, je commencerai par donner un bref aperçu des différentes définitions de l'infraction; l'étude de l'infraction dans le clan d'abord, sous le régime de l'autorité diffuse, et ensuite sous celui de l'autorité individualisée, nous fera voir sa nature intime, et aussi sa signification dans la société.

Ce chapitre aura par conséquent trois sections :

Section première : Définitions de l'infraction.

Section deuxième : L'autorité diffuse et l'infraction.

Section troisième : L'autorité individualisée et l'infraction; et enfin

Conclusions sur l'infraction.

SECTION PREMIÈRE.

DEFINITIONS DE L'INFRACTION.

1. Quatre classes de définitions. — 2. Concept moral. —
3. Violation d'une norme. — 4. Action dommageable. —
5. Action punie par l'Etat.

1. — Si l'on veut ramener à leurs idées dominantes les très nombreuses définitions qui ont été données de l'infraction, on doit les grouper, ainsi que le fait MAKAREWICZ, (1) en quatre grandes classes.

2. — Les théories de la première classe se groupent autour d'un concept moral : mal méchant, réprouvable, péché.

L'antiquité nous donne des exemples de ce point de vue et surtout les Pères de l'Eglise. GROTIUS d'ailleurs n'abandonne pas cette façon de voir et, même dans les temps plus nouveaux STAHL, WIELAND, KÖSTLIN, s'y rallient en partie.

Combien cette conception est critiquable, on n'a plus besoin de le dire. Il suffit de constater que le critérium pour désigner les infractions est dénué de toute valeur pratique.

(1) MAKAREWICZ. *Einführung in der Philosophie des Strafrechts* Stuttgart, 1907. pp. 26-30.

3. — Les auteurs qui voient dans l'infraction la violation d'une norme peuvent être placés en deux catégories :

a) Violation d'un contrat social : ROUSSEAU, FICHTE, BECCARIA.

b) Violation de la loi, parmi tant d'autres je signale : KANT, FEUERBACH, HEGEL, BINDING, HÄLSCHNER.

Ce point de vue est assez sommaire, car toute violation de la loi n'entraîne pas une peine.

4. — La troisième classe se place sur le domaine des effets de l'infraction et la définit comme un acte dommageable. BENTHAM, IHERING, GAROFALO, figurent parmi les noms les plus représentatifs qui défendent cette opinion.

La même objection peut lui être opposée; en effet, tout acte dommageable ne provoque pas la punition.

5. — Se plaçant au point de vue strictement droit positif, la plupart des auteurs modernes, considèrent comme infractions les faits auxquels est attachée une peine.

Et c'est sans contredit le critérium le plus sûr, bien que certaines précisions, quant à la nature de l'infraction et à ses effets, soient désirables.

SECTION DEUXIÈME.

L'AUTORITE DIFFUSE ET L'INFRACTION.

1. — Valeur de l'observation. — 2. Indication d'une signification collective de l'infraction. — 3. Obligations collectives. — 4. Devoir de participer au culte. — 5. Devoir d'exogamie. — 6. Autres devoirs, — 7. Conséquences de la transgression par rapport au groupe.

1. — Pour trouver la nature intime de l'infraction il faudra une fois de plus, remonter aux premières formes d'organisation sociale. Elles sont, en effet, plus près de la nature et gardent intactes les réactions produites dans leur sein sans le concours d'aucune systématisation théorique. Les faits sociaux produisent des réactions; et, bien ces réactions, ce ne sont que les sociétés primitives qui les gardent dans la pureté de leur signification, car aucune acquisition morale ou autre de la civilisation n'a eu l'occasion de les travestir et les rendre méconnaissables.

2. — On a vu le clan : groupement fortement unitaire, où l'individu n'existe qu'en tant qu'unité capable de faire masse, mais où rien ne lui reconnaît des droits. Il en a, mais seulement en tant que membre du groupe.

Si une infraction se produit et on peut accepter toute

définition compatible avec l'état de civilisation, elle ne saurait pas atteindre l'individu, mais le clan tout entier.

3. — L'étude des relations au sein du clan a réussi à démontrer qu'un certain nombre de devoirs collectifs y règnent, et c'est en analysant ces règles, que je crois pouvoir mettre en lumière la nature intime de l'infraction.

Les obligations qui sont presque toutes domestiques, sont attachées au clan et rien qu'à lui; (1) on en a trouvé l'explication dans l'organisation totémique. C'est, en effet du totem que résulte la cohésion du clan et ces devoirs ne font que préciser les conditions de cette cohésion. DAVY (2) en trouve quatre principaux : le devoir de participer au culte, celui de l'exogamie (mariage en dehors du clan), le devoir de ne pas consommer l'animal servant de totem et enfin, celui de punir les offenses faites à un membre du clan.

4. — Le devoir de participer au culte s'explique tout naturellement par les croyances fortement enracinées dans la mentalité primitive, et dont j'ai déjà parlé, que le monde est peuplé de forces surnaturelles qui, susceptibles de faire du mal, peuvent être fléchies grâce aux différentes pratiques d'adoration que l'imagination met à la disposition des hommes. Des cérémonies particulièrement nombreuses et compliquées réunissent tout le clan dans cette nécessité de se défendre contre la mé-

(1) Voir MORET et DAVY, *œuvre citée*, pp. 16-17.

(2) Id. p. 16.

chanceté possible des esprits. On adore le totem, qui est la force protectrice du clan, et qu'il est bon de ménager; on vénère les forces de la nature et on a le culte des morts, car eux aussi participent de ce monde mystérieux des divinités.

5. — La prohibition de l'inceste, (1) c'est-à-dire des rapports sexuels entre membres du même clan, qui descendent tous du même ancêtre, a trait à la même conception. Le sang est, en effet sacré comme véhicule du totem; et le sang de la femme l'est particulièrement, car c'est elle qui transmet directement le totem à l'enfant, assurant ainsi cette frappante continuité du clan. Mais, la constitution physiologique de la femme la fait perdre périodiquement du sang, de façon que le principe sacré qu'il contient est exposé aux dangers du contact. Les gens de la même famille tolémique doivent par conséquent, éviter soigneusement de toucher de quelque façon que ce soit à leur totem, leur ancêtre et la seule force qui, dans le domaine insondable des esprits veuille bien les protéger.

6. Le même souci de ne pas s'aliéner les faveurs de ce génie tutélaire, perçoit dans le devoir de respecter la vie de l'animal qui représente le totem et aussi dans le devoir de punir les offenses faites à un membre du clan, vu que ces offenses dans les temps rudimentaires ne pouvaient être que l'homicide et les blessures. Le sang versé expose, là-aussi, le principe sacré qu'il recèle aux dangers

(1) Voir MORET et DAVY, *œuvre citée* p. 21. Voir aussi le mémoire de DURKHEIM sur la *prohibition de l'inceste* dans l'*Année Sociologique* t. I. Paris 1894.

du contact. On voit ainsi, cette même notion de crainte mystique qui apparaît.

7. On trouve au moins ces devoirs collectifs dans le premier groupement humain qui est le clan dans lequel un devoir individuel ne se conçoit même pas, l'hérarchie qui permet de l'imposer n'existant pas.

Voyons maintenant, que se passerait-il, si le culte n'était pas suffisamment exercé, si la loi de l'exogamie n'était pas observée, si un animal-totem était mangé, si enfin, un membre du groupe était tué ou blessé.

La réponse est simple : le génie protecteur du clan, le totem, en serait particulièrement touché, sa bienveillance se transformerait en colère ou du moins en indifférence et de là tout un cortège de malheurs s'abattrait sur le clan.

La mentalité primitive (1) ne conçoit pas d'événement fortuit. Toute chose qui arrive à une cause et cette cause est uniquement un des nombreux esprits environnants. Si un malheur arrive au groupe, c'est qu'une violation des devoirs collectifs imposés dans l'intérêt commun par rapport aux divinités a été commise. La relation malheur-infraction est fortement ancrée dans l'homme primitif, pour la très simple raison que tout malheur est l'œuvre d'une des nombreuses forces surnaturelles, et que ces forces surnaturelles n'ont pu agir dans le mau-

(1) Voir en tout ce qui concerne la mentalité primitive, les beaux ouvrages de LEVY-BRUHL (L.) : Les fonctions mentales dans les Sociétés inférieures. Paris 1910., La mentalité primitive Paris 1922, et le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive Paris 1931.

vais sens , que si une inobservance des devoirs collectifs s'était produite; ces devoirs représentant justement les moyens de rendre les esprits bienveillants, ou inoffensifs.

L'infraction est donc, dans sa première manifestation, violation des règles sacrées ou des tabous, instituées pour le salut commun, violation qui amène sur le groupement entier des malheurs susceptibles d'entraîner sa perte.

Institution imbue de mysticisme, comme d'ailleurs la vie entière des premiers hommes.

SECTION TROISIÈME

L'AUTORITE INDIVIDUALISEE ET L'INFRACTION

Avec l'individualisation de l'autorité, le nombre des prescriptions et de tabous augmente dans des proportions exceptionnelles. Il s'agit, en effet, pour les chefs de consolider leurs pouvoirs. L'effet obligatoire de ces nombreuses règles procède pourtant des mêmes idées qu'avant, à savoir, l'obéissance due aux ordres sacrés. Or, les chefs sont, nous l'avons vu, les dépositaires des secrets qui agissent sur la divinité, s'ils ne passent pour les génies tutélaires du groupement.

Pour avoir une idée nette de ce que le chef repré-

sente dans son groupe, écoutons Glotz (1) parlant des genos avant l'installation des Achéens sur les terres qui bordent la mer Egée :

« Le chef du genos est tout désigné, celui-là est roi qui remonte le plus directement de mâle en mâle, à l'ancêtre divin et porte ainsi dans les veines le sang le plus pur. Il est le prêtre du dieu qu'il incarne, préside à toutes les cérémonies qui réunissent les gennetes autour du foyer, offre les sacrifices et les libations qui assurent leur prospérité. Il n'a pas seulement une puissance absolue sur sa femme qu'il peut exposer, vendre ou tuer sans avoir à s'en justifier; il a une autorité sans limites sur tous les membres de son groupe. Pour faire régner la paix intérieure, il proclame et interprète la volonté divine. Il a reçu avec le sceptre la connaissance des thémistes, des arrêts infailibles qu'une sagesse plus qu'humaine lui révèle par des songes et des oracles ou lui suggère au fond de sa conscience. Transmises de père en fils depuis l'origine des temps, s'augmentant d'apports nouveaux d'une génération à l'autre, les thémistes forment le code mytérieux et sacré de la justice familiale, de la thémis. Celui qui en dispose souverainement traite comme il entend quiconque s'est exposé par un attentat contre le groupe à la vindicte divine ».

Le chef a des intérêts, les siens et ceux de sa classe, il est humain qu'il abuse et dicte comme étant la raison divine, ce que sa propre raison lui indiquait.

(1) GLOTZ, œuvre citée pp. 8-9.

Il faut pourtant remarquer, que même dans le règne absolu de l'arbitraire, la vieille notion de nécessité d'obéir à la divinité pour ne pas attirer sur le groupe les pires malheurs, ne cesse pas d'agir. Les ordres sacrés sont encore censés dans l'intérêt commun.

La Cité antique et l'Etat moderne ont pris l'institution de l'infraction avec l'autorité des plus lointains temps de l'humanité. Longtemps la notion d'intérêt commun a été envisagée presque de la même façon que par les chefs tribaux, avec cette différence que la colère divine devait s'abattre non plus sur le groupement entier, mais sur l'infracteur.

Depuis, sous la poussée des éléments individualistes, tout à fait étrangers d'ailleurs au problème, l'infraction revient peu à peu à la signification première, dont elle n'a été détournée que par les artifices des intérêts particuliers.

Conclusions sur l'infraction. En résumant cette étude on peut énoncer la nature intime de l'infraction : une action ou une inaction qui transgressant les règles posées dans l'intérêt de la communauté, lui est nuisible. Et la valeur sociale absolue de l'infraction s'ensuit : son caractère d'être nuisible au groupement social, contrariant les besoins communs auxquels ce dernier a le devoir de satisfaire.

CHAPITRE III

LA PEINE

Nous avons vu que la mentalité primitive ne conçoit pas le mal qui atteint le groupement comme la conséquence immédiate de l'infraction. Le mal est la suite de l'action surnaturelle, mise en mouvement, elle, par un fait qui n'a aucune signification d'acte dommageable, par lui-même, mais qui étant une violation des coutumes a pour résultat d'irriter les esprits tout-puissants. Ce que nous considérons comme infraction, ne l'est pas pour l'homme primitif, qui ne la voit pas dans sa matérialité localisée, mais dans ses lointains effets.

Le dommage est vu par l'homme primitif, non pas dans le fait que deux membres du clan ont eu des relations sexuelles, mais dans la sécheresse ou la rigueur des froids, qu'une tradition prestigieuse lui enseigne comme devant nécessairement suivre l'atteinte portée au principe sacré du groupe.

La notion d'acte dommageable existe pourtant, mais la mentalité primitive complique et le rapport que nous voyons infraction-dommage, comporte pour elle trois ter-

mes : infraction-irritation des esprits-dommage; le dommage n'étant pas d'ailleurs celui que nous concevons comme conséquence de l'infraction, mais un malheur général touchant tous les membres de la communauté.

Pour éviter ces catastrophes, des premiers temps l'homme s'est ingénié à apaiser le monde mystérieux des forces surnaturelles. Des règles coutumières ont traduit ce que sa sagesse considérait comme capable d'influencer la divinité : culte, respect du totem, etc. C'est la valeur religieuse de ces règles qui les rendait obligatoires, par crainte des malheurs inconnus qui devaient suivre la colère des dieux.

Mais, malgré le farouche prestige des prescriptions sacrées, si une infraction est commise, le clan punit et généralement de l'avis quasi-unanime les pénalités se bornent à un seul degré : la mort.

Quelle peut être la signification de cette peine? Deux sens sont actuellement concevables : l'intimidation et l'élimination. L'intimidation pouvait-elle agir comme fonction de la peine, frein des envies criminelles? Surement pas, car la peur d'être puni de mort ne pouvait avoir plus d'influence sur ceux qui assistaient au châtiment, que cette autre peur, enracinée dans le tréfonds de leur âme, peur des esprits vindicatifs. Il reste l'autre possibilité.

Il me paraît donc, fort naturel que la vraie fonction de la peine dans sa première forme ait été l'élimination. Le clan veut, en effet, éliminer; mais éliminer qui? L'infacteur? Non. L'homme primitif est logique même dans ses plus extravagantes conceptions. Or, on sait fort bien

qu'un mal ne peut être que l'œuvre d'un esprit malveillant, et c'est un mal que d'irriter le génie tutélaire du groupement pour l'inciter au mal. Par conséquent, l'auteur matériel d'une violation des principes sacrés ne peut être que sous l'influence des mauvais esprits, s'il n'est pas totalement possédé par eux. Une seule solution est désormais possible, l'élimination, évitant ainsi la colère des forces protectrices. On élimine le principe du mal, le mauvais esprit et on a ainsi la certitude que le totem veillera jalousement au bien-être de son clan, car ce n'est que si la violation des règles établies sous son autorité reste impunie, qu'il fait sentir son mécontentement.

Sous cette fonction d'élimination, il y a encore autre chose dans la peine; c'est le moyen d'éviter que les malheurs pleuvent sur le groupement en cas de transgression des règles sacrées, en apaisant les divinités.

En quittant la première forme d'organisation sociale, nous trouvons la peine sous des formes différentes aussi bien dans la tribu la plus despotique que dans la Cité la plus libérale, et nous la trouvons de nos jours, dans l'Etat moderne.

La peine existe à tous les degrés de l'évolution sociale et même si des fonctions les plus divergentes lui ont été attribuées, on n'oublie pas que l'on veut obtenir par elle la suppression des crimes.

C'est donc là, la valeur sociale absolue de la peine, moyen d'éviter au groupement social le dommage que pourrait lui causer l'infraction. C'est d'ailleurs, avec le culte des divinités, les seuls moyens que l'état de civilisation rudimentaire des premiers hommes pût leur permettre.

CONCLUSIONS SUR LE DROIT DE PÛNIR

L'étude que j'ai poursuivie est arrivée à son point final : les trois faits sociaux envisagés ont chacun une valeur sociale absolue. Se trouvent-ils dans un rapport nécessairement invariable? Forment-ils un complexe social?

Examinons les résultats obtenus.

J'ai trouvé un groupement social qui a comme valeur absolue la satisfaction des besoins communs et ces besoins communs se résument au moins en la sécurité et la sauvegarde du groupement et subsidiairement de ses membres. Le groupement s'exprime par une autorité qui, confondue à l'origine avec le groupement, s'en est dégagée et a comme valeur sociale absolue, le devoir de satisfaire aux besoins communs qui sont la condition même du groupement.

D'autre part, le groupement est menacé dans sa vie par des actes dommageables, les infractions; et le groupement social a trouvé un moyen pour parer à ces infractions : la peine. Ont-elles été dans une relation quelconque ces trois valeurs? Bien entendu. Le groupement ayant le devoir d'assurer la protection des besoins communs, sa protection contre les infractions, a usé de la peine pour y arriver. Avait-il le droit? Oui. On ne peut imposer à quelqu'un un devoir sans qu'il ait le

pouvoir de le réaliser. Le droit de punir repose donc, sur le devoir de sauvegarder la société, devoir qui est inclus dans l'organisation (1). C'est ce devoir qui l'explique et qui le justifie.

La répression est par conséquent un complexe social. Son explication vaut aussi bien pour les clans que pour l'Etat moderne, et c'est donc sur ce fondement que je crois devoir tirer des conséquences d'ordre pratique.

(1) Grâce à cette conclusion, je ne puis pas admettre la vengeance comme forme première de la peine. La vengeance n'a pas de valeur sociale. Or, les attaques collectives, qui dans les premiers temps de l'organisation sociale ont existé, doivent être considérés comme poursuivant la punition du coupable. Il y avait guerre entre deux groupes, parce que, comme on l'a vu, les croyances totémiques exigeaient du groupe dont un membre avait été victime, de punir pour la sauvegarde du groupe, tandis que le groupe du coupable, pour les mêmes raisons, devait le défendre.

La vengeance collective, la responsabilité collective, et toute autre expression ayant cette valeur, ne peut donc rien signifier d'autre que le conflit d'autorités, déterminé par ces nécessités de punition et de défense.

Conclusions Générales

L'objet que je m'étais proposé en commençant ce travail est atteint. J'ai trouvé un fondement au droit de punir par l'étude des différentes institutions qu'il suppose. Il me reste maintenant à donner quelques rapides considérations sur un ouvrage qui doit venir, d'une utilité plus grande, sans doute, mais qui est pourtant conditionné par cette sorte de préface nécessaire que constitue le droit de punir.

Dans le complexe répression, les éléments influençables du point de vue pénal sont naturellement l'infraction et la peine.

La valeur sociale absolue de l'infraction consiste dans son caractère de nocivité par rapport à la société. Il faudra donc, dans ce futur ouvrage dont j'ai parlé, insister sur ce caractère social de l'infraction. Elle doit désigner l'acte qui nuit à la société et non pas à une catégorie de personnes. Et puis, cette notion même, de nocivité sociale doit être analysée de très près. Est-il dommageable pour la société de réglementer l'avortement au lieu de le punir? La solution de cette question ne rentre pas

dans mes vues ici, je l'indique à titre d'exemple, et parce que la question est vivement discutée en Allemagne. De même, empruntée aux controverses allemandes : est-il utile pour la société de punir la pédérastie ?

Il est évident que la conception que l'on se fait de cette notion de l'intérêt de la société entraîne la solution de tous ces problèmes et de beaucoup d'autres de même genre, et on ne saurait nier son influence sur la criminalité.

La valeur sociale absolue de la peine est d'être un moyen propre à conjurer le dommage que peut résulter pour la société du fait de l'infraction.

C'est un moyen, mais rien qu'un moyen. Les observations présentées, en étudiant la peine, ont fait voir que dans les sociétés primitives elle n'a pas été le seul. Il y avait aussi le culte.

Le nombre et la nature des moyens à employer dans ce but varient nécessairement avec l'état de civilisation. Et je ne crois pas, de ce point de vue, que nous puissions nous en féliciter. Longtemps, fort longtemps, nous sommes restés à la conception de peine, moyen unique, et peine veut dire mal infligé.

De cette conception, il s'est ensuivi que le mal ne peut être infligé sans raisons très sérieuses, sans qu'une infraction se soit produite, ce qui est parfaitement raisonnable. Et comme d'autre part les idées individualistes ne permettaient à l'Etat d'intervention dans les rapports individuels que sous la forme de la répression, on a dû

s'ingénier à réussir avec un moyen unique, des effets multiples. Les théories pénales en sont témoin.

Je me permets de croire que la vérité est là où je l'ai cherchée (1). La peine n'est qu'un moyen, le moins recommandable peut-être. L'état de civilisation dont nous nous réclamons doit nous aider à trouver mieux pour l'utilité générale. Et la route à suivre est sûrement celle qui a été déjà indiquée, lutter contre les causes de la criminalité : Prévenir le mal, avant qu'il soit produit.

Les crimes sont le résultat d'un de ces facteurs, ou parfois de plusieurs à la fois : mauvaise éducation, misère, maladie.

Il y a à agir donc, dans chacune de ces directions : éducation sociale de la population; assistance contre la misère et contre la maladie et il y a à compter ici sur les lois d'organisation économique de l'Etat, aussi que sur ce moyen de prophylaxie qu'est la stérilisation des individus minés de tares.

La mesure plus proprement pénale ne sera pourtant pas superflue. Des crimes se produiraient encore et pour cela des mesures strictement pénales devront être prises; mesures de sûreté et finalement, peines. Et dans ces peines

(1) La façon dont s'organise le monde international m'y engage d'ailleurs davantage. En effet, faute d'une peine qui puisse être appliquée par une autorité qualifiée, on a recours aux mesures d'éducation et surtout aux mesures économiques pour éviter un état d'esprit qui rendrait possible le crime du droit international qui est la guerre. Fortement appliquées, ces mesures sont de nature à rendre l'instauration d'une peine, moins nécessaire.

il faudra rechercher l'élimination de tous ceux que les épreuves subies auraient désignés comme incapables de vie sociale, en un mot, les incurables. Pour cela une réforme de la procédure et du régime pénitentiaire, pour les rendre capables de poser des diagnostics sûrs; le système des sentences indéterminées ne saurait être trop étranger à ce but.

On peut trouver ces considérations trop osées ou dénuées de valeur pratique. C'est possible, mais le fait est qu'elles sont pleinement justifiées par l'étude entreprise. Pour l'intérêt commun, l'Etat doit intervenir sous toutes les formes aptes à l'aider à arriver au but proposé. Les hommes des clans primitifs ont su le voir sous l'impulsion des réactions rudes de la nature. A nous de savoir profiter de leur leçon.

Vu :

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit, Le Président de thèse,

H. BERTHÉLEMY

L. HUGUENEY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY

